Die Lehre des römischen Rechtes

von der

Schenkung von Todeswegen.

Ein civilistischer Versuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

in

der juristischen Facultät der Universität München

von

Alfred Cohen.

MÜNCHEN.
Druck und Verlag von Ernst Stahl.
1878.

Die Lehre des römischen Rechtes

von der

Schenkung von Todeswegen.

Ein civilistischer Versuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

in

der juristischen Facultät der Universität München

von

Alfred Cohen.

MÜNCHEN.
Druck und Verlag von Ernst Stahl.
1878.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554608_0088

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

I. Capitel.

Begriff und Arten der Schenkung von Todeswegen; Unterscheidung derselben von der gewöhnlichen Schenkung.

§ 1. I. Terminologie 3

II. Definition.

§ 2. § 1 I. II, 7 4

§ 3. L. 1 D. 39, 6; eigene Definition 6

§ 4. III. Arten der mortis causa donatio 8

IV. Unterscheidung von der gewöhnlichen Schenkung

§ 5. Ursprüngliche Behandlung als einfache Schenkung . . . 11

§ 6. Wichtigster Interpretationsbehelf für Erkennung der Absicht der Parteien 11

II. Capitel.

Errichtung der Schenkung von Todeswegen.

§ 7. Art der Constituirung. — Die gleiche wie bei der gewöhnlichen Schenkung.

I. Formvorschriften

a) vor L. 4 C. 8, 56 (57) 18

b) L. 4 cit.

§ 8. 1) Dogmengeschichtliches 19

§ 9. 2) Insinuation und Codicillarform sind wahlweise zulässig 21

§ 10. c) Anhang: Lex Cincia 24

§ 11. II. Fähigkeit der Parteien 26

III. Willenseinigung.

§ 12. Die Schenkung ist ein Vertrag 29

§ 13. Acceptation — hier in demselben Grade Erforderniss, wie bei der Schenkung unter Lebenden 32

§ 14. Ueber die Ansicht, dass die mortis causa donatio bei fehlender Acceptation als Fideicommiss aufrecht erhalten wird 36

IV. Das Vermögenszuwendungsgeschäft.

§ 15. a) Die einzelnen Geschäfte 39

§ 16. b) Die handelnden Personen 43

Seite.

III. Capitel.

Vollendung und Pendenz der Schenkung von Todeswegen.

I. Perfection der mortis causa donatio.

§ 17. Die mortis causa donatio wird mit dem Tode des Schenkers perfect

a) nicht früher (Vieldeutigkeit des Ausdruckes: perfecta donatio; hier meistens von Erlangung der Rechtsgiltigkeit zu verstehen. Unterstützende andere Quellenaussprüche) 45

§ 18. b) aber auch nicht später 49

II. Einfluss der zeitlichen Trennung von Constituirung und Perfection auf das Rechtsgeschäft.

§ 19. Ueber den Begriff »Rechtsgeschäft« 50

§ 20. Das Rechtsgeschäft ist ebenso wie der Tod des Schenkers nur ein Theil des Gesammtthatbestandes . . . 52

§ 21. Ueber das Verhältniss der condicio facti zum Thatbestand der Rechtsgeschäfte 53

§ 22. Bei Eintritt des abschliessenden objectiven Momentes müssen auch alle übrigen Momente des Thatbestandes vorliegen, wenn das Recht entstehen soll . . . 54

§ 23. Desshalb werden solche Rechtsgeschäfte passend »verzügliche Rechtsgeschäfte« genannt; Karlowa's Ansicht . 59

§ 24 Rückziehung findet nicht statt 61

§ 25. Ergebnisse für die mortis causa donatio 62

§ 26. Verschiedene Ansichten über die Vereitelungsgründe . 67

§ 27. Vereitelung bei Vorversterben des Beschenkten ist der mortis causa donatio essentiell; L. 13 § 1 D. 39, 6 . 69

III. Literatur über die Perfection der mortis causa donatio

A. Meinungen Derjenigen, welche die mortis causa donatio sofort perfect sein lassen

§ 28. a) mit dem Tode des Schenkers soll die mortis causa donatio lediglich unwiderruflich oder . . 75

§ 29. b) erst definitiv wirksam werden 76

§ 30. α) Zwischen Giltigkeit und Wirksamkeit ist ein leerer Zwischenraum.

β) Die mortis causa donatio wirkt sofort, doch wird bezüglich des Grades dieser Wirkung unterschieden 78

§ 31. Diese Ansicht beruht grösstentheils auf Verwechslung der Schenkung mit dem Vermögenszuwendungsgeschäfte 80

§ 32. Prüfung der hauptsächlichsten Argumente dieser Schriftsteller 84

§ 33. Gründe dagegen 87

§ 34. B. Aufzählung derjenigen Schriftsteller, welche die mortis causa donatio erst mit dem Tode des Schenkers perfect werden lassen 90

§ 35. C. Anhang: Liebe's und Voigt's Ansichten 94

Seite.

IV. Capitel.

Die Pendenz der Schenkung von Todeswegen in ihrem Einflusse auf das Vermögenszuwendungs-Geschäft.

§ 36. Das Vermögenszuwendungs-Geschäft ist das Mittel für das »Haben des Ueberlebenden als Solchen« 99

§ 37. Die Wirkungen des Mittels können auf dreierlei Weise in ein Abhängigkeitsverhältniss zur Erreichung des Zweckes gebracht werden 100

I. Beim Uebereignungsgeschäfte:

§ 38. L. 2 D. 39, 6 103

§ 39. a) Der Eigenthumsübergang wird bis zum Tode des Schenkers aufgeschoben:
Vorherige Uebergabe zur Detention ist nöthig; L. 2 D. 6, 2 105

§ 40. Rückziehung findet nicht statt 109

§ 41. L. 29 D. 39, 6 (erster Theil); L. 14 eod. . . . 110

§ 42. b) Sofortige Eigenthumsübertragung mit Obligation auf Rückgabe: condictio, actio praescriptis verbis . . 112

c) Sofortige Eigenthums-Uebertragung mit Resolutivbedingung:

§ 43. L. 29 cit. (zweiter Theil); der Streit über die Resolutivbedingung überhaupt erstreckt sich auch hierauf . 117

§ 44. 1) Ansicht Derjenigen, die in L. 29 cit. Eigenthum auf den Beschenkten überhaupt nicht übergehen lassen . 121

§ 45. 2) Ansicht Derjenigen, die Eigenthum zwar übergehen lassen, aber desshalb die rei vindicatio nur utiliter gewähren 124

§ 46. 3) Ansicht Derjenigen, welche die Stelle nicht vom Verhältnisse der Parteien unter sich, sondern zu dritten Personen verstehen 129

§ 47. 4) Auch Diejenigen, die trotz Eigenthumsüberganges die directe Vindication geben, sind unter sich nicht einig; eine Einschränkung ist hier jedenfalls nöthig . . 130

§ 48. Die rei vindicatio utilis der L. 30 D. 39, 6 . . . 136

§ 49. II. Bei der Schenkung von Forderungen 138

§ 50. III. Schenkung durch Schulderlass 142

§ 51. Anhang: Singulärer Fall, in dem der Vorgang beim Vermögenszuwendungsacte eine spätere Vereitelung der mortis causa donatio nach sich zieht 144

V. Capitel.

Von der Anwendung der Legatentheorie auf die Schenkung von Todeswegen.

§ 52. I. Allgemeines.
Die mortis causa donatio hat die Wirkungen eines mortis causa negotium; in Folge dessen viele Aehnlichkeit mit dem Legate; der in L. 4 C. 8, 56 (57) beigelegte Streit der Juristen 146

Seite

II. Besonderes:

a) Aehnlichkeiten mit dem Legate:

§ 53. Vorbemerkungen 149

§ 54. Lex Furia, lex Voconia, lex Falcidia 150

§ 55. Sacra privata; Verkürzung der Gläubiger, des Patrons, der Pflichttheilsberechtigten; bonorum possessio contra tabulas des präterirten emancipatus; collatio bonorum 152

§ 56. Incapacität und Indignität 157

§ 57. Condicio juris jurandi; cautio Muciana . . . 158

§ 58. Cautio usufructuaria; Alimentenvergleich; Accrescenz, mortis causa donatio an den Bürgen (Erlass seiner Schuld); Belastung durch ein Fideicommiss; Stellung gegenüber dem Erbvertrage 159

§ 59 b) Verschiedenheiten vom Legate 161

VI. Capitel.

Resultate und moderne Gesetzgebung.

§ 60. Resultate 166

§ 61. Neuere Gesetzgebungen (Frankreich, Preussen, Oesterreich, Sachsen, Zürich) 168

§ 62. Gesetzesentwürfe (Bayern, Hessen) 170

§ 63. Schluss: Die mortis causa donatio — lebensfähig neben dem particulären Erbvertrage 172

Die Lehre des römischen Rechtes

von der

Schenkung von Todeswegen.

Vor allem gilt es, festzustellen, was die Quellen denn eigentlich unter »mortis causa donatio« verstehen, in welcher Gestalt uns dieselbe entgegentritt und in wieferne sie sich von der gewöhnlichen Schenkung unterscheidet. Hierüber soll uns das erste Capitel belehren. Die Errichtung der Schenkung von Todeswegen und die Erlangung der Rechtsgiltigkeit Seitens derselben fallen, wie wir sehen werden, auf zwei verschiedene Zeitpunkte. Es sind desshalb Constituirung und Vollendung der »mortis causa donatio« getrennt zu behandeln. Im 2. Capitel wird Alles zusammengefasst, was die Constituirung der »mortis causa donatio« betrifft. Der Betrachtung der Perfection derselben und der sich daran knüpfenden Detailfragen sind das 3. und 4. Capitel gewidmet, indem hiebei, soviel thunlich, das die Schenkung bewirkende Vermögenszuwendungsgeschäft einer gesonderten Betrachtung unterzogen wird. Im 5. Capitel beschäftigt uns das durch die perfecte Schenkung von Todeswegen begründete Rechtsverhältniss; es ist desshalb darin insbesondere von der Anwendung der Legatentheorie auf die »mortis causa donatio« zu sprechen. Zum Schlusse wird ein Streiflicht auf die neueren Gesetzgebungsarbeiten geworfen und die Frage der Zukunft der Schenkung von Todeswegen in Erwägung gezogen.

I. Capitel.

Begriff und Arten der Schenkung von Todeswegen; Unterscheidung derselben von der gewöhnlichen Schenkung.

§ 1. Schon die Verdeutschung des Ausdruckes »mortis causa donatio« macht Schwierigkeiten. Früher war die Uebersetzung mit »Schenkung auf den Todesfall« fast allgemein; so

Wilhelm Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall, und

Savigny, System des heutigen römischen Rechtes. Bd. IV. § 170.

Dem machte Hasse, Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. II. S. 300, Opposition und fand Unterstützung hauptsächlich durch

Bolley, Vermischte juristische Aufsätze, Bd. I. S. 1 in der Note.

Dieser will den Ausdruck vermeiden, weil er Anlass geben könnte, die »mortis causa donatio« mit jener Schenkung unter Lebenden zu verwechseln, die erst nach dem Tode des Schenkers zur Execution gelangen soll. Beide Schriftsteller schlagen den Gebrauch von »Schenkung Todeshalber« vor, und ihnen folgt Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II. § 561. »Schenkung Todeswegen« ist Hasse zu form- und gestaltlos.

In neuerer Zeit spricht man mehr von Geschäften von Todeswegen, Schenkung von Todeswegen, so z. B. Windscheid, Lehrbuch des Pandekten-Rechtes, Bd. II. § 369. 4. Auflage, im Gegensatz zur 3. Auflage; es entspricht dies genau dem »mortis causa« der Römer.

Dass wir uns dem anschliessen, haben wir bereits in der Einleitung thatsächlich gezeigt. In der Praxis ist immer noch »Schenkung auf den Todesfall« der am meisten gebrauchte Ausdruck. Einige neuere Particulargesetze haben die Bezeichnung »Schenkung für den Todesfall«.

Vielleicht wäre es bei den verschiedenen Gestaltungen dieses Rechtsinstitutes von Nutzen, mit genauer Abgrenzung theils den Ausdruck »Schenkung von Todeswegen«, theils den »Schenkung auf den Todesfall« zu gebrauchen. Doch sei dies nur andeutungsweise erwähnt, ohne dass es weiter verfolgt werden soll. Auf jeden Fall aber hat man hiebei von einem anderen Gesichtspunkte auszugehen als Ruhwandl in seiner Schrift zur Lehre von der »mortis causa donatio« und dem »pactum successorium« (Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern Bd. III. S. 113 ff., 161 ff. und 305 ff.), dessen mitunter den klaren Worten der Quellen widersprechende Resultate desshalb nicht durchgängig die unsrigen sind.

§ 2. Um nun Begriff und Wesen des unserer Betrachtung unterliegenden Rechts-Institutes näher kennen zu lernen, so ist es vor Allem nöthig, die Quellen hierüber zu befragen. Wollten wir jedoch nach einer strengen Definition, wie sie heutzutage verlangt wird, suchen, so könnte unsere Mühe leicht vergeblich sein. Denn, wie gewöhnlich, vermeiden auch hier die römischen Juristen eine knappe Begriffsbestimmung, eingedenk des Ausspruches: »Omnis definitio in jure civili periculosa est« (L. 202 D 50. 17). Wir werden uns also nach Untersuchung des Quellenmaterials selbstständig eine Definition zu schaffen haben. Anhaltspunkte werden uns immerhin geboten. Zwei Aussprüchen begegnen wir vor Allem, die sich einer Begriffsbestimmung wenigstens nähern. Es ist dies zunächst § 1. J. II. 7:

»Mortis causa donatio est quae propter mortis fit suspicionem cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is, cui donatum est.«

Doch ist diese Definition zu breit und zu detaillirt und auch Alle, welche ihr folgen, leiden an demselben Fehler.[1])

Zweierlei aber gewinnen wir jedenfalls daraus, und zwar erstens, dass die »donatio mortis alterius causa« keine »mortis causa donatio« ist. Hier ist eine Schenkung gegeben, welche durchaus keinen Bezug auf den Tod des Schenkers hat, welche

[1]) So z. B. Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes (6. Ausgabe) § 540, und Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes (3. Auflage) Bd. II. § 282.

von einer der Persönlichkeit des Schenkers fremden Thatsache abhängig gemacht wird.

Dass in unserem Titel (D. 39, 6) von einer solchen Schenkung die Rede ist, erklärt sich leicht dadurch, dass derselbe laut seiner Ueberschrift auch »de mortis causa capionibus« handelt und dies insbesondere in den hier einschlägigen Stellen, so L. 8 pr., wo diese Schenkung unter den Arten der »mortis causa capio« im engeren Sinne aufgezählt wird; L. 11, wo »mortis causa« und »donare« nicht als zur Bildung des »terminus technicus« zusammengehörig zu betrachten sind und L. 18 pr. Es ist dies auch die herrschende Meinung[1]) und der Gegner sind nur wenige.[2]) Wening-Ingenheim a. a. O. III. § 457. not. v hält diese Art Schenkung weder für eine »mortis causa donatio« noch überhaupt für eine »mortis causa capio«, da auch diese sich auf den Todesfall des Gebers beziehen soll, sondern für eine einfache bedingte Schenkung unter Lebenden. Jedoch bei der »mortis causa capio« wird, wie schon der Name besagt, lediglich die passive Seite, das »mortis causa Empfangen« ins Auge gefasst; die active Seite bleibt vollständig gleichgiltig für diesen Begriff und ebenso die sonstige Natur des Geschäftes. S. z. B. L. 8. pr. L. 21. D. 39, 6.

---

[1]) Wir finden sie bereits ausgesprochen bei Jacobus Cujacius in Paratitlis ad L. 38. D. 39. 6; Henricus Bocerus de donationibus c. 5. No. 1; Wolfgang Adam Lauterbach collegium theoretico-practicum § 29. T. 39, 6; Samuel Stryk usus modernus Pandectarum § 11. T. 39, 6; Ulrich Huber praelectiones juris civilis No. 6, ad D. 39, 6; Just. Henning Böhmer, introductio in jus Digestorum § 3. T. 39, 6; Höpfner Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen § 405; Thibaut, System des Pandektenrechtes Bd. II. § 907. not. g (5. Auflage); Schweppe Römisches Privatrecht Bd. 5. § 946. S. 419 (4. Auflage); Mackeldey, a. a. O. § 542 b. not. c; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Bd. III. § 768. not. 2 (4. Auflage); J. A. Seuffert, Practisches Pandektenrecht Bd. III. § 650. Z. 2; Müller, a. a. O. § 30. S. 79. A. z.; Hasse a. a. O. Bd. II. S. 310 und 315; Savigny, a. a. O. S. 243; Keller, Institutionen § 339. S. 347 und 348; Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 590. A. 3; Heimbach, Weiske's Rechtslexikon Bd. IX. S. 711; Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht (3. Auflage) Bd. III § 216 not. 1; Unger, System des allgemeinen österreichischen Privatrechtes Bd. VI. § 77. not. 4; Windscheid, a. a. O. III. § 677. not. 11.

[2]) So z. B. Franciscus Duarenus Vol. II. c. 1 D. 39, 6; Hubertus Giphanius, lecturae Altorphinae, ad l. 8. D. h. t.; Arnoldus Vinnius, in quatuor libros institutionum commentarius § 1. T. II. 7. Nr. 1; Pothier, Pandectae Justinianeae ad T. 39, 6, art. I. Nr. 9.

In Bezug auf die Vereitelung lässt diese Art der »mortis causa capio« sich der Schenkung von Todeswegen ähnlich behandeln; an Gleichstellung mit den Legaten kann natürlich hier nicht gedacht werden.

Unser zweites Resultat aus der Institutionendefinition ist, dass »suspicione mortis« geschenkt wird. Der Tod muss also für den Schenker das Motiv und zwar das nächste Motiv sein. Doch ist leicht einzusehen, dass dies zu weit geht; denn auch der in den letzten Zügen Liegende schenkt offenbar, weil er sich dem Tode nahe fühlt, »absolute«. (L. 42. § 1. D. h. t.) Auch äusserlich muss der Tod des Schenkers als Grundlage der Schenkung hervortreten. Nach Papinian (L. 42 pr. D. h. t.) ist die Schenkung von Todeswegen eine »donatio quae mortis consilium ac titulum habet«.

§ 3. Ebenso wie die Institutionendefinition schliesst auch diejenige, die wir in den Pandekten vorfinden, die »donatio mortis alterius causa« aus; aber auch sie leidet an dem Fehler, dass sie nur das innere Moment berücksichtigt. Sie wird in L. 1. D. 39, 6 an die Spitze des Titels gestellt, findet sich ausserdem in L. 35. § 2. D. h. t. und in § 1. J. II. 7. und lautet: »Mortis causa donat, cum quis habere se vult quam is, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum«. Die Quellen selbst fordern für diesen Ausspruch nicht das Ansehen einer wissenschaftlichen Definition, wie das »quare vulgo dicatur« des Paulus in L. 35 § 2. cit. zeigt. Aber dass derselbe die Schenkung von Todeswegen, abgesehen von dem oben Gerügten, in ihrem innersten Wesen trifft, lässt sich wohl nicht bezweifeln und so verliert er denn auch für uns von seiner Wichtigkeit Nichts, wenngleich wir ihn nicht als nothwendig für Formel und Urkunde bezeichnen, wie dies wohl früher geschah.[1]) Der Schenker will sich der Sache nicht begeben, so lange er sie noch selbst gebrauchen, so lange er noch selbst in die Lage kommen kann, sie zu benöthigen; der Beschenkte soll sie erst für den Fall haben, da nothwendiger Weise an die Stelle des Schenkers ein Anderer treten muss. Dass der Beschenkte dieser Nachfolger sei und nicht etwa der Universalsuccessor, das soll durch die Schenkung bewerkstelligt werden. Der Schenker

---

[1]) S. insbesondere Haubold, de mortis causa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis, opuscula academica vol. I. nr. 10 c. 4 S. 476.

verfügt also über einen Theil seines Vermögens für die Zeit seines Todes und über seinen Tod hinaus. Kurz, die »mortis causa donatio« gehört in den Kreis der »mortis causa negotia«; denn jetzt ist der Standpunkt verlassen, dass nur die einseitigen und widerruflichen Rechtsgeschäfte hierunter zählen. Vielmehr werden hiezu alle Rechtsgeschäfte gerechnet, wodurch Jemand für den Fall seines Todes über seine Angelegenheiten und insbesondere über sein Vermögen Verfügungen trifft, ohne dass man auf die Einseitigkeit oder Widerruflichkeit Gewicht legt; die einseitigen und widerruflichen Rechtsgeschäfte hierunter können dann als letzte Willenserklärungen im engeren Sinne bezeichnet werden.[1]) Doch ist das Geschäft selbst als Verfügung von Todeswegen zu bezeichnen, nicht die Leistung in Folge desselben und zu dessen Vollzuge, so dass also nicht mit Windscheid, Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung § 2. No. 23. A. 23. S. 31, gesagt werden kann: »Die Leistung wird erst durch die Voraussetzung, unter der sie gemacht wird, Verfügung auf den Todesfall.« Die Schenkung von Todeswegen selbst ist »mortis causa negotium«, nicht die Eigenthumsübergabe oder die Stipulation, welche lediglich als Mittel dienen, dieselbe zu bewerkstelligen.

Im weiteren Verfolge der Pandektendefinition finden wir, dass der Gegenstand der Schenkung von Todeswegen vom Schicksale des übrigen Vermögens, das nach den Regeln der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge seinen Herrn findet, getrennt wird; ein Anderer soll ihn haben, nicht der Erbe. Zugleich ist hieraus ersichtlich, dass die »mortis causa donatio« in Bezug auf Einschränkung des Erbes sogar noch weiter geht, als das Legat; denn dies wird von der Erbschaft nicht losgelöst, äussert seine Wirkung vielmehr, besonders wenn wir vom historischen Standpunkte ausgehen, als ein dem Erben auferlegter, durch die Lage der Dinge einigermassen von der Regel abweichender Modus (s. auch Brinz Pandekten § 347 S. 1536). Bei der »mortis causa donatio« jedoch gibt es nur Einen »qui donat« und Einen »cui donatur« (ähnlich: praesens praesenti dat in L. 38. D. h. t.); ein Dritter, Onerirter, wird aus dem Spiele

[1]) So Unger, a. a. O. II. § 78 a. E., was wohl gegen seinen Widerruf, ebenda VI. § 77. N. 13, aufrecht zu erhalten sein wird, ebenso Keller, Inst. § 339, Windscheid, P. I. § 69; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, § 336, S. 1501; Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes Bd. I. § 72. A. 3.

gelassen. Es ist dies für unser Rechtsinstitut von hervorragender Wichtigkeit und Bedeutung. Aehnliches wie die eben behandelte Definition ergibt der Ausspruch des Paulus in L. 35 § 2 D. h. t. »qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult.«

Auf Grund dieser Quellenstellen kommen wir also dazu, die »mortis causa donatio« als eine Schenkung zu bezeichnen, die zu dem entweder ausdrücklich erklärten oder doch in erkennbarer Weise äusserlich hervortretenden Zwecke vorgenommen wird, über das Vermögen oder Bestandtheile desselben für die Zeit des Todes zu verfügen.

§ 4. Zu solchem Zwecke kann zu verschiedenen Zeiten geschenkt werden. Mit Bezug auf den Tod des Schenkers kann man hierin unterscheiden (und es geschieht dies auch von den Quellen in L. 2. L. 31. § 2. L. 35. § 4 D. h. t. und L. 4. C. h. t. 8. 56 [57]):

1) die Schenkung »ex cogitatione (im Gegensatze zu Z. 2 auch mit dem Beiworte »sola«) mortalitatis« und
2) »ex imminentis periculi metu«,. wobei die vorletzte der in Bezug genommenen Stellen noch zwischen »periculum praesens et futurum« unterscheidet. Eine detaillirte Specificirung s. auch L. 3—5. D. h. t.

Hier wird nun wohl die Frage am Platze sein, warum wir bei der Testamentserrichtung, beim Codicille nichts Aehnliches in den Quellen vorfinden. Wir können uns ja auch hier eine verschiedene Lebenslage des Verfügenden vorstellen. Man kann dem Spruche: »Memento mori« gemäss in blühender Gesundheit testiren, ebensogut wie auf dem Siechbette, vor dem Auszuge in eine Schlacht und vor dem Antritte einer Seereise. Dass nun auf diesem Gebiete uns derlei Nichts begegnet, ist keine grundlose Erscheinung, vielmehr geeignet, die Entstehungsgeschichte der »mortis causa donatio« zu beleuchten.

Die Testamentssolennität des ältesten römischen Rechtes, das »testamentum calatis comitiis«, lässt darauf schliessen, dass gewöhnlich ein »vir sanus et in bona valetudine positus, cui ex humana sorte mortis cogitatio est« (L. 35. § 4 cit.) testirte, ähnlich wie das deutsche Recht zur Vornahme der eng begrenzten Vergabungen von Todeswegen eine gewisse Rüstigkeit des Schenkers verlangte (S. sp. I. 52, § 2 und Glosse hiezu).

Es war ja auch die Testirung ein der Gesetzgebung analoger

Act, wie das jetzt noch gebräuchliche Wort »Legat« zeigt, das ursprünglich eine ausgedehntere Bedeutung hatte. Man vergleiche zu diesem Behufe den in L. 120. D. 50, 16 erwähnten Zwölftafelsatz: »Uti legassit suae rei, ita jus esto«.

Bei der Schenkung von Todeswegen dagegen dürfen wir wohl mit Grund annehmen, dass jedenfalls das Häufigere und wahrscheinlich auch das Ursprüngliche[1]) war, dass man »imminente periculo commotus« einem lieben Freunde zum Andenken oder, um für erwiesene Gefälligkeiten sich dankbar zu zeigen, auf diese Weise schenkte, weil man ihn im Testamente oder eben wegen Unterlassung der Testirung nicht bedacht hatte.

Auf jeden Fall beweisen uns Ll. 3, 4, 5, 6, 8 § 1, 13 pr. und § 1, 16, 24, 29, 31 § 3, 35 § 3 und § 6, 37 § 1, 39 D. h. t., L. 12 D. 12, 4, L. 38 § 3 D. 22, 1, L. 76 D. 23, 3, L. 4 D. 24, 1, L. 15 D. 40, 1, Paul. R. S. II, 23. § 1, III, 7. § 1 und 2, dass diese Art weitaus die häufigere war. Auf diese Art auch bezieht sich hauptsächlich die in § 3 von uns vorgeführte quellenmässige Charakterisirung der Schenkung von Todeswegen (E. A. Seuffert zu J. A. Seuffert's Praktisches Pandektenrecht III. § 647. Not. 2); doch nur auf diese Art hauptsächlich, nicht auf sie allein; denn auch bei der anderen Art der »mortis causa donatio« gelangt wegen des, wenn nicht ausgeschlossen, beliebigen Widerrufes das »malle se habere« zum Ausdrucke. Um Vieles zu weit geht daher Petrus Barbosa »de matrimonio« in L. 33. (34) D. 24, 3. No. 90, der nur die Art, welche wir eben behandeln, für die eigentliche »mortis causa donatio«, die andere dagegen für ein Legat hält.

Eine nicht unbedeutende Unterstützung für unsere Behauptung, dass diese Art der »mortis causa donatio« die häufiger vorkommende ist, bieten die Literaturnachweise, die nur Fälle enthalten, welche ihr unterzuordnen sind. Vor allem die Verse 78—83 des 17. Buches der Odyssee, »mortis causa donatio« des Telemach an Piräus in seiner durch den Uebermuth der Freier herbeigeführten Nothlage, die als von den römischen Juristen gebrauchtes Beispiel in den Digesten sowohl, als auch in den Institutionen der Legaldefinition beigefügt ist; desgleichen die Schenkung des Herakles an Admetus vor dem Auszuge in den

---

[1]) Auch Hasse, a. a. O. II. S. 318, hält diese Art der »mortis causa donatio« für die ursprüngliche.

Kampf in Vers 1020—1022 der »Alcestis« des Euripides und die in der Rede des Demosthenes gegen Kallippos (oratio 52 ex recensione Dindorfii Vol. IV) namhaft gemachte Schenkung des Lykon an Kephisiades vor der Reise in die Fremde für den Fall »*εἴ τι πάθοι*«.

Auch Livius lib. 32 c. 38 wird angeführt, so z. B. von Haubold a. a. O. c. 4. S. 476; doch bedeutet hier das im Gegensatze zu »victori« gesetzte »si quid adversi accidisset« etwas anderes als »mors donatoris«; es liegt desshalb keine »mortis causa donatio« vor, wohl aber, wie dies auch bei der »donatio mortis alterius causa« der Fall ist, ein derselben ähnlich zu behandelndes Rechtsgeschäft.

Wenn nun auch nicht immer das häufiger Vorkommende zugleich das Ursprüngliche ist, so dürfte ein solcher Schluss doch wohl hier um so mehr gerechtfertigt erscheinen, als bezüglich eines Falles der »mortis causa donatio«, nämlich der Schenkung von Todeswegen unter Ehegatten, die Priorität dieser Art noch durch die justinianischen Rechtsquellen bestätigt wird.

Bekanntlich cessirt das in L. 1. D. 24, 1 ausgesprochene Verbot der Schenkungen unter Ehegatten in einigen Fällen. und zwar ausser denjenigen der L. 5 § 8 § 12, L. 7 § 1, L. 11 § 11, L. 14, L. 40, 41, 42, 43 D. 24, 1, § 1 Ulp. Tit. VII auch bei der »mortis causa donatio« (Paul. R. S. II. 23. § 1. Ulp. fr. VII. § 1. L. 43. D. 39, 6 und besonders L. 9. § 2. seq. D. 24, 1.) Doch war dies nicht von Alters her unbedingt anerkannt. Nach Ulpian allerdings, und auch nach Julian, dessen Einschränkung uns hier nicht näher angeht, galt »omnis mortis causa donatio« unter Ehegatten (L. 11. § 1. D. 24, 1). Doch nicht so nach Neratius und Fulcinius (L. 43. D. h. t.). Der Letztere, einer der ältesten Pandektenjuristen (s. L. 3 § 4 D. 25, 2) verlangt »justissimum mortis metum«; Neratius begnügt sich mit der »existimatio donantis, ut moriturum se putet«, ohne zu fragen, ob diese Meinung begründet ist oder nicht, bewegt sich also, obwohl etwas freier, immer noch im Rahmen der »mortis causa donatio ex imminentis periculi metu«. Wenn nun auch allerdings bei der Schenkung von Todeswegen unter Ehegatten besondere Beschränkungen stattgefunden haben mögen, so dürfte doch immerhin erwägenswerth sein, ob dies nicht dennoch auch einen ähnlichen Schluss, wie wir ihn vorangestellt haben, zulässt.

§ 5. Den der vordringenden äusseren Erscheinung gegenüber ziemlich verborgenen inneren Charakter der »mortis causa donatio« richtig zu würdigen, zeugt immerhin für eine bereits etwas fortgeschrittene Jurisprudenz. Es ist desshalb gewiss nicht ungerechtfertigt, mit Savigny (a. a. O. IV. § 144 S. 23) anzunehmen, dass die »mortis causa donatio« ursprünglich als eine einfache Schenkung (bedingt, betagt oder unter einer Voraussetzung eingegangen) betrachtet und behandelt wurde, und dass die Juristen erst später dazu kamen, in ihr eine Schenkung zu erkennen, »quae mortis consilium ac titulum habet«. Dass Julian der Erste hierin war, wie Einige [1]) glauben, ist mindestens zweifelhaft. Julian hat allerdings manches Neue in unsere Lehre eingeführt; aber aus denselben Bestimmungen, die darauf hindeuten, und auf die wir noch zu sprechen kommen, geht zugleich hervor, dass schon vor ihm die »mortis causa donatio« als eigenes, selbstständiges Rechtsinstitut bekannt war, das sich theilweise den Regeln der Schenkung anschloss, theilweise dieselben, und zwar in Folge seiner innersten Natur, von sich ferne hielt.

Wie diese Schenkung früher beschaffen war, ob sie als gewöhnliche »donatio condicionalis« behandelt wurde oder ob man sie mit der »fiducia« in Verbindung brachte (»datio fiduciaria«), wie Liebe glaubt (die Stipulation und das einfache Versprechen § 32 S. 385), [2]) ob sie sofort den Namen »mortis causa donatio« erhielt oder anfangs nur, wie Klinkhammer, »commentatio de donationibus« c. 3. § 1 S. 92 meint, als »non propria donatio« der »propria« entgegengesetzt wurde, soll hier nicht weiter untersucht werden, das Resultat wäre kein sicheres und stünde mit der aufzuwendenden Mühe in keinem Vergleiche.

§ 6. Dagegen erachten wir es als eine Aufgabe der Wissenschaft, Anhaltspunkte [3]) der Interpretation zu geben,

---

[1]) So z. B. Gimmerthal, die Publicianische Klage und die Mancipation § 16 S. 88.

[2]) Insbesondere soll dies die Lehrmeinung der Proculejaner gewesen sein.

[3]) Wichtige Beiträge hiezu liefern die praktischen Schriftsteller, wie z. B. Pufendorf in seinen »Observationes«, Leyser in den »Meditationes ad Pandectas« und David Georg Strube in seinen »Rechtliche Bedenken«; eine gute Auswahl hievon findet sich bei Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechtes, Bd. III. S. 393 ff. (2. Auflage). Für die Neuzeit s. insbesondere die in Seuffert's Archiv mitgetheilten oberstrichterlichen Entscheidungen

wann im concreten Falle eine gewöhnliche Schenkung vorliegt, wann eine »mortis causa donatio«.

Dem wollen wir uns nicht entziehen, wenngleich es unserer Definition nach »quaestio facti ac voluntatis« ist, ob eine Schenkung unter Lebenden oder eine solche von Todeswegen gegeben ist (Seuffert P. III. § 647) und wenngleich es unseres Erachtens wohl kaum je gelingen wird, unfehlbar zutreffende Präsumtionen aufzustellen.[1]) Vor Allem sei daran erinnert, dass die Bezeichnung, welche die Parteien selbst dem Geschäfte geben, im Zweifelfalle wohl zu berücksichtigen ist, doch sonst nicht den Ausschlag zu geben hat. Um weiter vorzudringen, müssen wir auch auf die Merkmale der Schenkung von Todeswegen zu sprechen kommen, die wir hier nur in Kürze, ohne sie quellenmässig zu belegen, aus den Begriffsbestimmungen der Quellen ableiten wollen. Weil der Schenker bei der »mortis causa donatio« »recepisse potius quam dedisse mavult«, weil er den Schenkungsgegenstand sich eher gönnt als dem Beschenkten, so wird ihm wohl vollständig freie Verfügungsgewalt und damit auch beliebiges Widerrufsrecht eingeräumt werden müssen, ebenso, wie ja auch Testament und Legat, die ähnlichen Zweck verfolgen, bis zum Tode des Verfügenden von dessen Willen abhängig sind. Dieses Recht des beliebigen Widerrufes folgt aus der Natur der »mortis causa donatio« als solcher und ist daher wohl zu unterscheiden von den Fällen, in denen durch singulären Rechtssatz dem Schenker Widerruf bis zu seinem Tode eingeräumt wird, wie das z. B. bei der Schenkung unter Ehegatten ist und wie dies unter der Herrschaft des Cincischen Rechtes bei der immodica donatio der Fall war.[2])

Nur der Beschenkte soll nach der Definition der Pandekten die Sache eher haben, als der Erbe; von den Erben des Beschenkten verlautet Nichts. Hieraus würde folgen, dass die Schenkung cessirt, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt; denn bis zu seinem Tode will der Schenker die Sache haben, darnach aber kann sie der Beschenkte auch nicht mehr haben; an seine Stelle tritt nun Derjenige, der durch ihn ausgeschlossen werden sollte — der Erbe des Schenkers. Dürfen wir dies auch aus dem citirten Quellenauspruche folgern? Wir denken: Gewiss. Während nämlich bei Leistung in Bezug auf

[1]) Solche Regeln aufzufinden ist der Hauptzweck der in Haubold's Opuscula academica aufgenommenen Schrift.

[2]) S. Vat. Fr. § 259.

Gegenleistung nur diese und nicht die Person, der wir leisten, auf uns bestimmend einwirkt, ist bei unentgeltlichen Leistungen, bei Liberalitäten die Person des Anderen von rechtlicher Relevanz.[1]) Er und sonst Niemand ist es, an den wir bei Vornahme der Handlung denken; nur ihm soll eine Wohlthat erwiesen werden. Dies zeigt sich uns sowohl bei der Schenkung wie bei den letztwilligen Zuwendungen; bei ersterer, deren Perfection mit der Acceptation zusammenfällt, mehr bei der vom Rechte später ausnahmsweise zugelassenen Revocation wegen schwerer Undankbarkeit. Sie geht nur gegen den Beschenkten, nicht auch gegen dessen Erben (L. 1 L. 10 C. 8, 55 [56]; Savigny IV. § 169 not. d); denn für diese kann auch eine weitgehende Ethik besondere moralische Verpflichtungen dem Schenker gegenüber nicht aufstellen. Das sittliche Band zwischen Schenker und Beschenktem erstreckt sich auf keiner der beiden Seiten auf die Erben; denn nur auf den Beschenkten, nicht auf dessen Erben, die möglicherweise vollständig unbekannt sind, wurde bei Ausübung der Liberalität Rücksicht genommen. Bei Zuwendungen von Todeswegen wird Ueberleben des Bedachten gefordert, und es war sogar die Vererblichkeit des aus der Delation entstammenden Rechtes bis zur Einführung der späteren Transmissionen keineswegs eine sich von selbst verstehende. Aus den Worten der L. 1 cit. folgern wir also lediglich, dass die »mortis causa donatio« der allgemeinen Regel sich anschliesst; den Beweis durch die Quellen selbst haben wir der Darstellung in einem späteren Capitel zu überlassen.

Wie bei der »mortis causa donatio« überhaupt der Tod »Grund und Titel« der Schenkung ist, so gibt dies bei der »donatio ex imminentis periculi metu« der Tod in Folge der, sei es ausdrücklich, sei es auf andere Weise, bezeichneten Gefahr ab, so dass mit glücklicher Beseitigung derselben die Schenkung zusammenfällt. Diese Art der »mortis causa donatio« ist die häufigere, und dass sie beabsichtigt sei, ist überall da anzunehmen, wo in Todesgefahr von Todeswegen geschenkt wird. Dies ist der richtige Kern der früher verbreiteten falschen Ansicht, dass bei Schenkung in Todesgefahr eine »mortis causa donatio« zu vermuthen sei.[2]) Wir haben bereits in § 2 auf L. 42 § 1 D. h. t.

[1]) S. hierüber auch Stryk a. a. O. § 7 T. 39, 6, und Erxleben, die »condictiones sine causa« 2. Abtheilung § 9 S. 159.

[2]) S. z. B. Petrus Peckius, de testamentis mariti et uxoris, lib. II. c. 3 (in Tractatus universi juris, Bd. VIII. Th. I.) Es ist dies ein noth-

verwiesen, welche Stelle uns lehrt, dass der Zustand des Krankseins oder des bevorstehenden Todes allein — denn das »sine ulla condicione redhibendi« ist nur Referat des Juristen, nicht Bestandtheil der Vereinbarung zwischen Vater und Sohn — eine Schenkung noch nicht zur Schenkung von Todeswegen macht. L. 4 § 1 D. 44, 4 kann nicht dagegen vorgebracht werden; die Gewährung einer »exceptio doli« nach der Genesung hat ihren Grund darin, dass es sich hier um eine Schenkung handelt, die der Ehefrau zu Gute kommen soll.

Einige, die, wie wir, diese Präsumtion bekämpfen, begnügen sich damit, den Satz aufzustellen, dass bei Erwähnung seines Todes seitens des Schenkers eine »mortis causa donatio« vorliegt.[1]) Doch kann durch eine solche Hereinziehung des Todes möglicher Weise nur bezweckt werden, den Beweggrund, die »causa impulsiva« der Schenkung, anzudeuten (L. 27 D. h. t.). Und da, wo der Vollzug bis zum Tode des Schenkers hinausgeschoben werden soll, ist eine solche »mentio mortis« sogar nöthig; trotzdem wird aber Niemand geneigt sein, in einem solchen Falle eine Schenkung von Todeswegen anzunehmen. Denn hier ist der Aufschub bis zum Tode des Schenkers ein »accidentale negotii«, das, soll es Platz greifen, ausdrücklich verabredet sein muss, während die Abhängigkeit vom Tode des Schenkers zur Wesenheit der »mortis causa donatio« gehört, so dass die Schenkung, wenn ihr Charakter als Schenkung von Todeswegen anderweitig feststeht, von selbst auf den Tod des Schenkers gestellt ist. Vgl. ausserdem L. 76 i. f. D. 23, 3, mit L. 20 eod.

Es ist desshalb noch eine Beschränkung nöthig, die von der herrschenden Meinung in der Art vorgenommen wird, dass eine Schenkung von Todeswegen überall da gegeben ist, wo zur Erwähnung des Todes »verba dispositiva, importantia« ge-

---

wendiges Correctiv, wenn man mit der früher herrschenden Ansicht (s. Holzschuher a. a. O. II. S. 969 und 970) für die »donatio inter vivos« eine allgemeine Präsumtion sprechen lässt. So noch Thibaut P. § 906 a. E.

[1]) So Angelus de Gambellionibus Aretinus de testamentis glossa 100 nr. 1 (Tractatus universi juris Bd. VIII. Thl. I.); Rolandinus Passagerius, flores ultimarum voluntatum Pars III. nr. 9 und 21 (ebendaselbst); Hieronymus Treutler selectae disputationis vol. II. disp. 19 thes. 2 lit. a; Joseph Fernandez de Retes de donationibus c. 17 § 4 (Meermanni thesaurus Bd. VI. S. 634); Haubold a. a. O. S. 575; Meyerfeld, die Lehre von der Schenkung § 20 nr. 6 S. 404.

wählt wurden, dass aber sonst, besonders wo des Todes »in verbis executivis« gedacht wird, eine Schenkung unter Lebenden anzunehmen ist, die nur in gewisser Weise auf den Tod des Schenkers Bezug nimmt.[1]) Zweifellos ist damit dem Richter eine wichtige und praktische Handhabe zur Erkennung des Parteiwillens dargeboten. Ein unumstösslicher Rechtssatz, gleichsam eine »praesumptio juris et de jure«, soll damit wohl nicht ausgesprochen werden und darf u. E. in dieser Lehre überhaupt nicht zur Aufstellung gelangen. Darauf läuft auch eigentlich der Widerspruch hinaus, den dieser Satz in der Literatur gefunden hat.[2])

Dadurch also, dass der Schenker zugleich mit der Errichtung der Schenkung, mit der Aeusserung des Schenkungswillens, also in »principali dispositione« von einer gewissen Abhängigkeit der Schenkung von seinem Tode spricht, macht er dieselbe zur »mortis causa donatio«. Vom Tode des Schenkers selbst soll diese demnach abhängig sein, nicht vom Tode eines Anderen;[3]) ebensowenig ist die Schenkung, die zwar nicht vom Tode des Schenkers, wohl aber von einem Umstande, der erst nach demselben eintreten kann, abhängig gemacht wurde, eine »mortis causa donatio«.[4]) So recht von bedingendem Einflusse auf die Schenkung erscheint der Tod des Schenkers dann, wenn ausdrücklich für die Zeit des Todes geschenkt oder z. B. bestimmt wurde, dass der Gegenstand a nach dem Tode des Schenkers dem A geschenkt sein solle (auf den Tod des Schenkers dem A zufallen solle).

---

[1]) So in der Hauptsache Jason ad L. 33 D. 24, 3 nr. 29; Petrus Barbosa a. a. O. nr. 108; Antonio Gomez, variae resolutiones Tom. II. c. 4 nr. 15 ff.; Antonio Perez, praelectiones in libros XII. Codicis Justiniani nr. 2 T. 8, 57; Lauterbach, coll. theor. pract. § 27 T. 39, 6; Strube, Rechtliche Bedenken, ed. Spangenberg Bd. I., Bedenken 49; Berger, oeconomia juris, lib. II. tit. 2 nr. 23; Stryk, a. a. O. § 2 T. 39, 6; Leyser, meditationes ad Pandectas specimen 438 Z. I.; Schweppe a. a. O. V. § 946 S. 419.

[2]) S. hiezu besonders Holzschuher, a. a. O. S. 394 A. Allerdings »wollen die Gesetze nur auf die Absicht gesehen wissen«; wir sind nach der Definition, die wir gegeben haben, gewiss die Letzten, die dies bestreiten. Aber es handelt sich hier eben darum, in wie ferne aus den Worten auf die Absicht geschlossen werden kann, wenn diese nicht ganz klar ersichtlich sein sollte.

[3]) S. oben § 2.

[4]) Vgl. hiezu Arndts P. § 80 a. E.

Natürlich haben wir uns nicht daran zu halten, dass wörtlich vom Tode des Schenkers gesprochen wird. »Wenn du mich überlebst, soll dir Jenes geschenkt sein,« ist gewiss als »mortis causa donatio« auszulegen; ebenso: »dem B sei b geschenkt, doch soll die Schenkung nicht giltig sein, wenn B vor mir stirbt.« Auch eine Schenkung mit Vorbehalt der freien Disposition ist eine Schenkung von Todeswegen, da der Tod des Schenkers hier »auf die Gewissheit des Schenkungswillens einen bedingenden Einfluss ausübt.« [1]) Wird aber anders als »verbis dispositivis« das Reurecht vorbehalten, so haben wir eine Schenkung unter Lebenden; hier wird die Vereinbarung des beliebigen Widerrufes meistens den Charakter einer Nebenberedung an sich tragen, des Inhaltes, dass die geschenkte Sache, sobald der Schenker wolle, ihm wieder zurückgegeben werden müsse. In eben solcher Weise kann auch vom Tode des Beschenkten gesprochen werden. [2]) Enthält also die Schenkungserklärung an ihrem dispositiven Theile eine Vereinbarung, die auf das hinausgeht, was wir oben als Merkmale der »mortis causa donatio« darstellten, so ist immer eine Schenkung von Todeswegen als beabsichtigt anzunehmen.

Sonst aber muss mit grosser Vorsicht zu Werke gegangen werden. Dass auf das Reurecht verzichtet werden kann, werden wir später sehen. Es darf also bei ausdrücklichem Ausschlusse des Reurechtes die Natur der »mortis causa donatio« nicht ohne Weiteres verneint werden. Ebenso verhält es sich mit einer Schenkung, die nicht nur auf den Beschenkten, sondern auch auf dessen Erben oder Kinder lautet, z. B. »dies soll dir oder deinen Kindern (oder deinen Erben) nach meinem Tode geschenkt sein.« [3]) Mit der bei der »mortis causa donatio« zulässigen

---

[1]) Keller, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. XII. nr. 12 S. 419.

[2]) Vgl. zu Beidem L. 37 § 3 D. 32; ausserdem auch L. 2 C. 8, 54 (55).

[3]) S. hiezu auch Holzschuher, a. a. O. S. 396 A. und das Erkenntniss des Obertribunals in Stuttgart vom 28. Mai 1874 (Seuffert's Archiv XXX, 46); das Letztere fügt die Begründung bei, dass ein solcher Beisatz bei einer Schenkung unter Lebenden überflüssig sei, da hier der zum Geschenk erhaltene Gegenstand ganz von selbst auf die Rechtsnachfolger übergehe. — Durch ein Urtheil des O. A. G. zu Darmstadt vom 14. Januar 1862 (Seuffert's Archiv XVIII, 37) wird dies auch auf die Clausel: »Ich schenke dir und deinen Erben« ausgedehnt; dies scheint uns jedoch zu weit gegangen zu sein, da hier eine Auflösung in zwei Schenkungen nicht wohl statthaft ist. — Vgl. schliesslich auch L. 42 pr. D. h. t.

Substitution darf hiebei nicht operirt werden;[1]) denn diese setzt Rechtsgiltigkeit der Schenkung von Todeswegen voraus. S. hiezu L. 1 C. h. t. und besonders L. 10 D. h. t., wo die Substitution durch Promission des Beschenkten an den Substituten bewirkt wird. Vielmehr haben wir in einem solchen Falle, je nachdem acceptirt wurde oder nicht, eine zweite »mortis causa donatio« oder ein Fideicommiss, das ja nicht direct an den Beschwerten gerichtete Worte verlangt.[2]) Andere als »verba dispositiva« werden gebraucht, wenn geschenkt wird nur unter Aufschub des Vollzuges (z. B. Auszahlung der geschenkten Geldsumme) bis zum Tode des Schenkers. Hievon sagte man, dass die Erwähnung des Todes in »verbis executivis« geschehe. In L. 34 D. h. t. ist, wie schon das vorgesetzte »scilicet« zeigt, der Passus »ut post mortem promissoris incipiat exactio« nicht Bestandtheil der Vereinbarung. Doch liegt uns selbstverständlich ferne, dieser Regel den Sinn beizulegen, dass eine derartige Verabredung bei der »mortis causa donatio« gar nicht vorkommen könne; in Bezug auf Abhängigkeit der Schenkung vom Tode ist dies ja der »mortis causa donatio« gegenüber das »minus«; es muss aber aus dem sonstigen Inhalte der Schenkung deren Charakter als »mortis causa donatio« erhellen.

»Verba dispositiva« finden wir auch dann nicht vor, wenn des Todes lediglich als Veranlassungsursache gedacht wird, z. B. »Weil ich mich dem Tode nahe fühle, schenke ich u. s. w.« Zum Schlusse möge noch daran erinnert werden, dass auch dann, wenn durch die Hauptdisposition der Charakter der Schenkung als »mortis causa donatio« feststeht, immer noch die Nebenberedungen höchst verschiedenartiger Natur sein können. Hiezu ist z. B. L. 13 § 1 D. h. t. zu vergleichen, auf welche Stelle wir später noch ausführlicher zurückzukommen haben.

[1]) Anders Holzschuher a. a. O.
[2]) S. hiezu weiter unten § 14.

II. Capitel.

Errichtung der Schenkung von Todeswegen.

§ 7. Nach unserer Definition ist die »mortis causa donatio« zwar eine eigengeartete Schenkung, aber immerhin eine Schenkung; ebenso verhält es sich mit den von anderer Seite aufgestellten Definitionen, so mannigfaltig dieselben im Uebrigen auch sein mögen, und die Quellen bezeichnen ebenfalls die Beiden in gleicher Weise als »genera donationum« (pr. I. II, 7). Ferner soll nach L. 67 § 1 D. 50, 16 der Ausdruck »donatio« ebenso gut die »mortis causa donatio« bedeuten, wie die »non mortis causa donatio«. Daraus geht hervor nicht nur, dass bei einer Parteivereinbarung das Wort »Schenkung« auch die Schenkung von Todeswegen bezeichnen kann, sondern dass auch Alles, was die Quellen von der »donatio« schlechthin aussagen, falls nicht Gegentheiliges bemerkt wird, auf die »mortis causa donatio« Anwendung findet. Es ist also der eigentlichen Schenkung und der Schenkung von Todeswegen Vieles gemeinsam und demgemäss stellen wir die Behauptung hier an die Spitze, dass die »mortis causa donatio« in gleicher Weise errichtet wird wie ihr Correlat unter den »inter vivos negotiis«, wie die Schenkung unter Lebenden.

Wenn viele ältere Schriftsteller »quoad initium, modum, formam, constitutionem, ordinationem, productionem, in esse deduci«, und wie die verschiedenen Ausdrücke alle lauten mögen, die Schenkung von Todeswegen der unter Lebenden für gleich erklären, so möchte man glauben, dass dieselben in Allem der hier ausgesprochenen und in Folgendem auszuführenden Meinung seien. Eine nähere Betrachtung jedoch zeigt, dass man hier nicht consequent verfuhr, vielmehr in vielen, mitunter in den meisten Beziehungen, Ausnahmen zuliess, ja sogar uneingedenk des an die Spitze gestellten principiellen Satzes in den Details ohne Weiteres das Gegentheil verkündete.

Bei Erörterung der Frage, wie die »mortis causa donatio« ins Leben gerufen wird, ist viererlei von uns besonders ins Auge zu fassen; wir müssen vor Allem die bei Eingehung des Geschäftes zu beobachtenden Förmlichkeiten kennen lernen; sodann haben wir uns über die persönliche Fähigkeit der Parteien zu unterrichten; hierauf sollen uns einige die Willenseinigung betreffende Controversen beschäftigen und schliesslich haben wir das dem Zwecke der Vermögenszuwendung dienende Rechtsgeschäft zu behandeln.

Die auf die Schenkung bezüglichen Formvorschriften der späteren Kaiser — von Constantin angefangen — galten ebenso gut für die »mortis causa donatio«, wie für die Schenkung unter Lebenden.

Dass die von Constantin aufgestellten Erfordernisse (schriftliche Urkunde, corporalis traditio — beides vor Zeugen — und gerichtliche Insinuation) auch für die »mortis causa donatio« galten, beweist L. 25. C. 8. 53 (54) (S. auch die ähnlich lautenden L. 1. C. Th. 8, 12 und Vat. Fr. 249). Ob dies Edict eine Vorschrift setzen oder nur Rath ertheilen sollte (Savigny § 165 S. 200), interessirt uns weniger; die Schlussworte sprechen eher für das Erstere.

L. 34 pr. C. 8, 53 (54) hatte auch auf die »mortis causa donatio« Bezug, trotzdem dieselbe in der allgemeiner sprechenden Stelle nicht besonders namhaft gemacht wurde.[1]) Wäre das Gegentheil richtig, so hätte sie mit deutlichen Worten ausgeschieden werden müssen. S. auch Vangerow P. II. § 563. A. No. 1. a. E. Ueberhaupt ist hiefür die gemeine Meinung.

§ 8. Mehr Staub wirbelte die Frage auf, ob auch nach L. 4. C. 8, 56 (57) Insinuation geeignet ist, einer grösseren Schenkung Rechtsgiltigkeit zu verleihen. Eine Uebersicht über die diesbezügliche Literatur bietet Schröter Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. II. No. 4 S. 148 u. 149. Für die Ausschliessung der Insinuation, welche Ansicht früher weitaus die herrschende war, hätte derselbe vielleicht noch Mehrere anführen können, so z. B. Ulrich Zasius, Wesembec, Lauterbach, Samuel Stryk, Just. Henning, Böhmer u. s. w.

[1]) Es wird von »omnis donatio« gesprochen; die »mortis causa donatio« gehört zu der im Gegensatze zu der besonders namhaft gemachten »ante nuptias donatio« mit allgemeinerem Ausdrucke bezeichneten »communis donatio«.

Doch wollen wir dessen dogmengeschichtlichen Ueberblick nur bezüglich der neueren Schriftsteller ergänzen, bezw. fortsetzen. In diesem Betreffe ist hinzuzufügen, dass Schirach Archiv für civilistische Praxis Bd. II. S. 302, Klinkhammer a. a. O. c. 5. § 1. S. 165, Wening-Ingenheim III. § 449, Puchta P. § 552, Scheurl, Lehrbuch der Institutionen § 212. a. E., Wiederhold, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. XV. No. IV. S. 119 und Brinz P. § 355 S. 1563 die Insinuation ausschliessen und lediglich die neue durch L. 4. cit. eingeführte Form zulassen. Ob diese Vorschrift für alle »mortis causa donationes« oder nur für die »immodicae« gilt, ist hier wiederum streitig. Freie Wahl zwischen der Insinuation und der neuen Formvorschrift der L. 4. cit. bei Vorliegen einer »immodica donatio« (diejenigen, welche wie Anton Perez praelectiones nr. 5. C. 8. 57. Insinuation ebenso gelten lassen, wie die »insinuatio apud acta« bei einem Testamente, gehören natürlich nicht hieher) gewähren ausser Schröter selbst S. 133—141, Schweppe a. a. O. V. § 947. S. 421, Savigny a. a. O. IV. § 172. S. 261 ff., Vangerow P. II. § 563. A. I. Z. 2, Sintenis gemeines Civilrecht III. § 216. A. 21, Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechtes (2. Auflage) Bd. II. S. 968, Heimbach, Weiske's Rechtslexikon IX. S. 716, Keller P. § 69, Arndts P. § 589 a. E., Windscheid P. III. § 676 A. 3. und Meyer, Neues Magazin für hannover'sches Recht, Bd. IV. (zur Lehre von der »mortis causa donatio« und der dabei erforderlichen Form) S. 40. Auch eine Reihe diesen Punkt betreffender oberstrichterlicher Erkenntnisse besitzen wir.[1])

Doch sind ausser diesen einander entgegenstehenden Hauptansichten noch andere Meinungen zu verzeichnen. So glauben z. B. Zösius commentarius in Digesta No. 59. D. 39, 5, Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des römischen

[1]) Die älteren derselben halten noch das Erforderniss der Codicillarform fest (s. Seuffert's Archiv VII, 211 u. 336 und XV, 146, wo das Urtheil des O.-A.-G. von Celle vom 8. Juli 1859 mitgetheilt wird); die überwiegende Mehrzahl aber erklärt die Schenkungen unter 500 solidi von jeglicher Förmlichkeit frei und lässt bei den grossen Schenkungen wahlweise die Insinuation zu; so Wolfenbüttel 12. V. 1855 (Archiv XV, 146); Wiesbaden 1867 (XXIX, 46); Rostock 18. I. 1872 (XXX, 254); Jena 17. IX. 1875 (XXXII, 156); dann das Obertribunal zu Berlin in seinen Urtheilen vom 6. Februar 1872 und 8. März 1877 (XXVIII, 231 und XXXIII, 48); besonders aber gegen früher Celle 11. VII. 1866 (XX, 235) und dann 9. IV. 1869 (XXIII, 46 und XXIV, 304).

bürgerlichen Rechtes II. No. 16. S. 143 und Mackeldey § 541, not. k, dass die »mortis causa donatio« entweder als Schenkung oder als Legat giltig sein könne und dass sie im ersteren Falle der Insinuation, im letzteren Falle der Zuziehung von 5 Zeugen bedürfe; so auch schon Eduard Caldera variae lectiones lib. IV. c. II. (Meermanni thesaurus III. S. 657 ff.), der zwischen der »mortis causa donatio sollemnis« und »simplex« unterscheidet, die erstere für reines Legat, die letztere für reine Schenkung unter Lebenden hält und zwar in allen Beziehungen, bezüglich der Giltigkeit bei Schenkungen unter Ehegatten, bezüglich des Rechtserwerbes u. s. w. Schulin über einige Anwendungsfälle der »Publiciana in rem actio«, S. 66, glaubt, dass Justinian sich keiner der beiden Ansichten anschliesst, der Legatstheorie sogar entgegentritt und 5 Zeugen nur desshalb verlangt, weil bei der früher üblichen Mancipation, in welcher Form die »mortis causa donatio« hauptsächlich vor sich ging, auch 5 Zeugen nothwendig gewesen waren. Justinian motivirt seine Vorschrift nicht, gegen ein solches Motiv aber spricht nicht nur das vollständige Verschweigen desselben im Gegensatze zur vorherigen Erwähnung der Frage, ob Schenkung oder Legat, sondern auch der Umstand, dass wir sonst nirgends, trotz Abkommens der Mancipation, dem beibehaltenen Erfordernisse einer Zuziehung von 5 Zeugen begegnen und dass auch zuvor schon die »mortis causa donatio« ohne Mancipation, also ohne Präsenz von 5 Zeugen, vor sich gehen konnte, so dass für eine solche ausschliessende Förmlichkeit nicht einmal der »status quo« angeführt werden kann.

§ 9. Wir schliessen uns denjenigen an, welche die Wahl zulassen. Uns scheint, dass in dieser den »quinquaginta decisiones« angehörigen Constitution Justinian den bisher bestehenden, die Natur, nicht die Form der »mortis causa donatio« betreffenden Streitigkeiten ein Ziel setzen will.[1]) Dass über die Natur der »mortis causa donatio« ein Streit bestand, geht nicht nur aus dieser Stelle und den ebenfalls von Justinian herrührenden § 1. I. II. 7. und Nov. 87 hervor, welche beide auch darauf hinweisen, dass dieser Streit durch diese Constitution beendigt werden sollte, sondern auch aus den Pandekten.

[1]) So auch Müller a. a. O § 12; Zimmern, Tübinger kritische Zeitschrift für die Rechtswissenschaft Bd. III. (Kritik über das vorstehende Werk) S. 236 und Vangerow P. II. § 563 A. I.

Darüber, dass bezüglich der Form irgend Etwas controvers war, ist Nichts bekannt, und es wird auch in unserer Constitution Nichts davon erwähnt. Nach der im vorigen Paragraphen behandelten Constitution Constantins scheint uns dies sogar unmöglich gewesen zu sein.

Doch ausser der Regelung dieser Streitfrage gab Justinian auch bezüglich der Form Vorschriften und zwar in einem für die »mortis causa donatio« günstigen Sinne. Nachdem die »mortis causa donatio« in materieller Beziehung den Legaten so ziemlich gleichgestellt wurde, so sollte sie auch, soweit diese formell besser situirt waren, derselben Vortheile theilhaftig werden, so dass also die Einhaltung der Legatsförmlichkeit von der manchmal lästigeren Insinuation befreien sollte. Eine solche Bestimmung zu treffen, war, sollte die »mortis causa donatio« nicht als Stiefkind der Gesetzgebung angesehen werden, fast zur Nothwendigkeit geworden, nachdem nach einer wenige Jahre zuvor erlassenen Constitution (L. 25. § 1. C. 5, 16) Bekräftigung der Schenkungen unter Ehegatten in einem giltig errichteten letzten Willensacte die fehlende Insinuation ersetzen konnte. Für die Ausschliesslichkeit der Legatsform spricht Nichts als die vorherige Erwähnung der Controverse, ob die »mortis causa donatio« mehr zum Vermächtnisse oder zur Schenkung sich hinneige, und dies haben wir in anderer Weise zu erklären versucht. Für die elective Zulässigkeit der Insinuation und der Codicillarform aber können die verschiedenartigsten und gewichtigsten Gründe angeführt werden. Einige Zeilen weiter oben machten wir bereits vom legislatorischen und politischen Gesichtspunkte aus wahrscheinlich, dass Justinian keineswegs beabsichtigte, durch dies Gesetz die Insinuation für die »mortis causa donatio« als unzureichend zu erklären. Hätte er dies gewollt, so wäre es nöthig gewesen, mit deutlichen, klaren Worten die Insinuation künftighin auszuschliessen; dies ist aber durchaus nicht geschehen. Vielmehr geht aus dem Gesetzestexte selbst das Gegentheil hervor: Ita res procedat ut si quinque testibus praesentibus aliquis voluerit mortis causa donationem facere; et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata et nullam calumniam accipiat neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt inefficax esse atque inutilis videatur.

Das »voluerit« spricht dafür, dass es dem Schenker freigestellt war, 5 Zeugen beizuziehen oder eine andere Förmlichkeit

zu befolgen (ähnlich auch Schröter a. a. O. S. 136) und der Schlusspassus (et u. s. w.) wäre, ebenso wie die Worte: »actis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam«, geradezu unverständlich, wenn fortan die Legatsfeierlichkeit die ausschliessliche Form für die »mortis causa donatio« abgeben sollte. Dazu kommt, dass dann auch die kleinen Schenkungen der Codicillarform unterliegen würden; denn es ist dann eben der Gesichtspunkt der letztwilligen Verfügung massgebend und nicht mehr derjenige der Erschwerung weitgehender Liberalitäten. Dies ist auch u. A. die Ansicht von Wiederhold a. a. O., und ebenso zog die Praxis diese Consequenz (s. die S. 20 A. 1 angeführten Urtheile). Dann aber wäre die Form der »mortis causa donatio« offenbar verschärft worden, während der Wortlaut (ebenso wie die »ratio legis«) auf eine Erleichterung hinweist; ausserdem geben die oben angeführten Stellen davon Zeugniss, dass Justinian nur die grossen Schenkungen, die früher der Insinuation bedurften (indigere), im Auge hatte. Wiederhold meint, dass dem Zusammenhange der Stelle nach die Insinuation ausgeschlossen sei; dagegen s. aber Vangerow P. II § 563 A. I, der gut den Gedankengang Justinians wiederzugeben versucht; übrigens hat auch Justinian in § 1 I. II. 7. genau unterschieden zwischen der Gleichstellung mit den Legaten und dem »sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit«, so dass wir also eine authentische Erklärung des Zusammenhanges und Inhaltes der fraglichen Constitution besitzen.

Dieses Letztere ist auch gegen Zösius u. s. w. einzuwenden, da, den Institutionenworten nach zu schliessen, die materielle und formelle Frage der L. 4. cit. nicht in dem Zusammenhange standen, den diese Schriftsteller vermuthen; es würde dann auch nach den oben citirten Worten statt des »et omnes effectus sortiatur« besser ein »sed« erwartet.

Aber auch diejenigen, welche diese Controverse in dem Sinne entscheiden wie wir, sind unter sich nicht ganz einig. Es drängt sich nämlich die Frage auf, ob der Gesetzgeber Codicillarform verlangte[1]) oder strikte Zuziehung von 5 Zeugen.[2])

[1]) Hasse a. a. O. III. S. 410; Savigny a. a. O. IV. § 172 S. 263; Holzschuher a. a. O. II. S. 968 ad 1; Heimbach a. a. O. S. 717; Arndts § 589 a. E.; Windscheid III. § 676. A. 3; E. A. Seuffert in Note 7 zu § 647 von J. A. Seuffert's praktischem Pandektenrechte.

[2]) Schröter a. a. O. S. 150; Vangerow II. § 563. A. No. II.

Wie wir die »ratio legis« oben auffassten, halten wir die Codicillarform stets für genügend. Da Justinian kurz zuvor der Aehnlichkeit mit den Legaten Erwähnung gethan hatte, so mochte er sich wohl hier nicht für verpflichtet erachten, eine genaue Darstellung der Lehre zu geben, wie die Codicille errichtet werden, sondern begnügte sich damit, in Kürze die Vorschrift der Beiziehung von 5 Zeugen als Repräsentanten der Codicillarform gelten zu lassen; hiezu war er um so mehr veranlasst, als schon vor ihm Theodosius in L. 8 § 3 C. 6, 36 in ähnlicher Weise sich ausgedrückt hatte: »In omni ultima voluntate excepto testamento quinque testes adhiberi debent.« Zur Zulässigkeit der Codicillarform gelangte Justinian in Folge der anerkannten Aehnlichkeit der »mortis causa donatio« mit dem Legate, während das Verlangen, 5 Zeugen zuzuziehen, ohne Analogie und vereinzelt wäre. Die Vorschriften, die in Ausnahmsfällen zur giltigen Errichtung eines Codicilles weniger als 5 Zeugen genügen lassen, gelten daher auch für die »mortis causa donatio«; überhaupt findet die gesammte Lehre von der Codicillerrichtung hier ihre analoge Anwendung.

L. 36. § 3. C. 8. 53 (54) bezieht sich demnach auch auf die »mortis causa donatio«, da die L. 4. cit. in dieser Beziehung an der Form Nichts ändern wollte.

§ 10. Nach All dem ist es vielleicht gar nicht geboten, auch auf die »lex Cincia« zurückzugreifen, zumal da dieselbe keine Formvorschriften aufstellte, sondern nur in gewisser Beziehung die Wirkung des Schenkungsactes beschränkte, wie das hauptsächlich Rudorff »de lege Cincia« besonders cap. I. nachgewiesen hat. Nichtsdestoweniger ist diese Frage hier zu behandeln, da sie controvers ist und einige Schwierigkeiten darbietet. Davon ausgehend, dass die »mortis causa donatio« früher unter den Regeln der Schenkung überhaupt stand, und dass eine Lostrennung erst aus der Zeit nach der »lex Cincia« datirt, damals sich noch nicht vollzogen hatte (s. auch weiter unten), halten wir die »lex Cincia« auf die »mortis causa donatio« für anwendbar. Doch sind sehr Viele hier entgegengesetzter Ansicht. So glaubt z. B. Wenk praefatio ad Hauboldi opuscula academica § VII p. XLVI., dass die »mortis causa donatio« zur Umgehung der »lex Cincia« aufgekommen sei. Dafür bietet sich jedoch kein Anhaltspunkt.[1])

[1]) Dagegen sind auch Zimmern a. a. O. S. 234 und Liebe Stip. § 32 S. 396.

Dass die Ansicht über die spätere Form der »mortis causa donatio« und über die Natur derselben hierauf nicht einwirkt, geht schon daraus hervor, dass Müller, welcher für die rechtliche Natur als Legat auftritt, die »lex Cincia« hier als einschlägig erklärt (§ 2, 3, 4 u. S. 19), Andere jedoch[1]) dieselbe ausschliessen. Besonders sei unter diesen Schröter a. a. O. S. 100 erwähnt, der die »lex Cincia« hier für unanwendbar hält, trotzdem er die »mortis causa donatio« auch für das classische Recht lediglich als eine Species der Schenkung unter Lebenden bezeichnet. Seine Berufung auf die Schenkung zwischen Ehegatten, zwischen Vater und Kindern, ist wohl nicht stichhaltig, da gerade diese von Paulus im 21. Buche seines Commentars zur »lex Cincia« (Vat. Fr. § 299 und 302) unter die »personae exceptae« gerechnet werden.[2]) Hasse II. S. 313 meint, dass das Cincische Verbot die »mortis causa donatio« im Allgemeinen nicht charakterisirt habe, da dieselbe bis zum Tode des Schenkers gewöhnlich auch ohnedies widerrufen werden könne und durch ebendenselben Umstand auch die nach der lex Cincia imperfecta donatio zur Perfection gelange. Eine solche Charakterisirung nun der »mortis causa donatio« durch die »lex Cincia« wird wohl Niemand behaupten; aber auch Hasse gibt zu, dass bei Verzicht auf das Reurecht die »lex Cincia« Platz greift. Weiter geht Savigny § 174 S. 277; gestützt auf seine hauptsächlich aus Vat. fragm. 266 entnommene Ansicht, dass die Regel »morte Cincia removetur« erst später aufgestellt wurde und nur allmählig zu allgemeiner Anerkennung gelangte, glaubt er, dass die »lex Cincia« in ihrer Anwendung auf die »mortis causa donatio« besonders bei den jener Regel widerstrebenden Juristen nicht lediglich auf den Fall des »pactum de non revocando« beschränkt war.

Dem ist vollkommen beizustimmen, wenn auch vielleicht Savigny's nähere Interpretation des citirten fragm. 266 (§ 165. not. f.) angezweifelt werden kann. Das Resultat Savigny's stimmt im ganzen Grossen mit dem Rudorff's (§ 9. S. 35—37) überein, der ausser Streit gestellt hat, dass das Recht der »lex Cincia« hauptsächlich durch die praktische Thätigkeit der Juristen ausgebildet wurde und dass auf diese

[1]) Puchta, Institutionen § 206 bei not. mm, Zimmern a. a. O. S. 234, Mühlenbruch P. III. § 771 not. 2, Bolley, a. a. O. § 2 not. t, Liebe a. a. O.

[2]) Hiezu s. auch Rudorff a. a. O. § 9 S. 36 und Savigny IV. § 165 S. 195.

Quelle nicht nur die oben bezeichnete Regel, sondern auch die »exceptio legis Cinciae« überhaupt zurückzuführen ist. Betonen wir hier also, dass diese Regel erst späteren Datums ist, so erweitert sich die Zuständigkeit der »lex Cincia« wenigstens für die frühere Zeit ihrer Geltung noch mehr.

Haubold a. a. O. S. 442, Keller a. a. O. und Bremer (Archiv f. civ. Praxis 51. 2. Heft No. 13 zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten S. 183, 184 und 187) sind ebenfalls für die Anwendung der »lex Cincia« auf die »mortis causa donatio«; Keller sieht in der von ihm in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XII. No. 12. S. 400—422 eingehender bearbeiteten L. 42 pr D. h. t. einen positiven Beweis hiefür; auch Rudorff (§ 6. S. 20. A. 2) führt diese Stelle an.[1]) Nur in einem Nebenpunkte besteht eine kleine Differenz; Keller S. 415 glaubt, dass italische Grundstücke in Rede seien, und hält »traditionibus« für interpolirt statt »mancipationibus«; Rudorff will »traditionibus« aufrecht erhalten und versteht als Gegenstand der Schenkung »praedia stipendiaria«. Die Hervorhebung der Cognateneigenschaft des Titius Seitens Papinian's in Verbindung mit Vat. Fr. 293, wornach in Bezug auf »praedia tributaria« zwischen »personis exceptis« und »non exceptis« kein Unterschied obwaltet, veranlasst uns, Keller's Ansicht den Vorzug zu geben.

Zum Schlusse sei uns noch der Hinweis darauf gestattet, dass die bereits erwähnte Constitution Constantin's, welche an Stelle des Rechts der »lex Cincia«[2]) Formvorschriften setzte, der »mortis causa donatio« ausdrücklich Erwähnung that; der Schluss, dass auch das »sopitum jus legis Cinciae« sich auf die »mortis causa donatio« erstreckte, drängt sich hiebei fast von selbst auf.

§ 11. Soll auch bezüglich der persönlichen Fähigkeit der Parteien die von uns in § 7 gemuthmasste Aehnlichkeit mit der Schenkung unter Lebenden zu Tage treten, so muss Vertragsfähigkeit, aber auch nur diese, gefordert werden. Die ältere Doctrin jedoch (s. noch Thibaut P. II. § 908) verlangt für den Schenker »testamenti factio activa«. Sehen wir uns

---

[1]) Ebenso Puchta, a. a. O. § 206 not. s, der doch die »mortis causa donatio« nicht in den Bereich der »lex Cincia« hereinziehen will.

[2]) Rudorff § 13. S. 46: etsi non diserte tamen tacite et per consequentias per novam ejus sollemnitatem lex Cincia abrogata est.

also in den Quellen um! Ganz besonders kann zu Gunsten unserer Meinung L. 25 D. h. t. in die Wagschale gelegt werden.

Im Principium ist von der Testirfähigkeit und nicht von dem Factum der Errichtung eines Testamentes die Rede, sonst wäre dieser Ausspruch nichtssagend.[1]) In § 1 wird uns sogleich ein Beispiel vorgeführt, der »filius familias« hat nie »testamenti factio«, kann aber mit Genehmigung des Vaters aus seinem peculium mortis causa schenken; ebenso L. 7. § 4. D. 39, 5. Mitunter ist eine solche ausdrückliche Erlaubniss zu supponiren, wenn der Sohn dem »libera peculii administratio« eingeräumt wurde, »justa ratione motus« schenkt oder wenn dieser Sohn senatorischen oder ähnlichen Ranges ist (L. 7 § 2 § 3 eod.). In Frage kommt, ob der Vater die einmal gegebene Einwilligung auch widerrufen kann. Aus allgemeinen Gründen lässt sich diess wohl nicht entscheiden.[2]) Uns scheint das »ubi cessat voluntas, donatio inhibebitur« auch hierauf Bezug zu haben.

Bisher war, ebenso wie in L. 7 cit. nur vom »peculium profecticium« die Rede; einer Ausdehnung auf das »peculium adventicium« steht wohl Nichts im Wege, da die Erlaubniss des Vaters auch hier dem Sohne vollständiges Recht und Verfügungsgewalt einräumt.

Derselben Ansicht sind Hasse II. S. 360. A. 203; Holzschuher a. a. O. II. S. 971; Windscheid P. III. § 676. A. 17; Roth, bayerisches Civilrecht III. § 307. A. 14.

Als Gegner sind zu verzeichnen besonders Fritz, Archiv für civilistische Praxis VI. 9. S. 203 ff.; Vangerow P. II. § 428. A. II. und Müller a. a. O. § 30. S. 77, der sich jedoch nicht den Gründen der zuvor Genannten anschliesst. Die Schlussfolgerung, die Fritz und Vangerow an L. 9 § 2 D. 39, 5 knüpfen, wird unseres Erachtens durch L. 7 § 1 D. 39, 5 paralysirt.

Das »peculium adventicium irregulare« gehört nicht nur ins Vermögen des Kindes, sondern unterliegt auch an und für sich seiner Verwaltungsbefugniss; es kann also in giltiger Weise, auch ohne Erlaubniss des Vaters, hieraus »mortis causa« schenken; ebenso auch aus dem »peculium castrense und quasi castrense«, in Anbetracht dessen der Sohn als »pater familias« gilt.

---

[1]) Anders Keller, Institutionen § 339 und P. § 69.

[2]) Doch s. Holzschuher a. a. O. II. S. 971.

Dass L. 7 § 5 cit. keine Verschiedenheit in den Voraussetzungen zwischen der Schenkung unter Lebenden und von Todeswegen statuiren will, liegt auf flacher Hand; es bezieht sich dies nicht auf Fähigkeit überhaupt, sondern nur auf die vom Vater dem Sohne eingeräumte Befugniss zu schenken, die nicht immer zugleich die Erlaubniss auch zur »mortis causa donatio« in sich begreift (eine fast selbstverständliche Ausnahme von dem in L. 67 § 1 D. 50, 16 niedergelegten Principe).

Für die Identität der Fähigkeit zu testiren und »mortis causa« zu schenken, werden hauptsächlich zwei Stellen angeführt: L. 1 § 1 D. 27, 3 und L. 15 D. h. t. Allein die erstere beweist gerade das Gegentheil; denn während der Unmündige testirunfähig ist und desshalb auch durch Interposition der »auctoritas« seines Vormundes diese Fähigkeit nicht erlangen kann, ist er mit Hilfe dieser »auctoritas« sehr wohl im Stande, »mortis causa« zu schenken, weil es hiezu nur einer Ergänzung seiner Dispositionsfähigkeit bedarf; jedoch wird der seine »auctoritas« interponirende Vormund dafür haftbar in ähnlicher Weise wie bei der Schenkung unter Lebenden (§ 2). Nur der Grund ist hiebei ein verschiedener, und nur was diesen anlangt, wird die »testamenti factio« vergleichsweise herbeigezogen.[1]) Bei Schenkungen unter Lebenden soll der Vormund seine »auctoritas« verweigern, um nicht zur Minderung des pupillarischen Vermögens (»ad deminuendum«) beizutragen, bei den Schenkungen von Todeswegen aber desshalb, weil der Pupille überhaupt nicht über sein Vermögen für den Todesfall verfügen soll[2]); entweder sorgt dafür der sterbende Vater oder es greifen die Bestimmungen des Gesetzes Platz; weder der Pupillarsubstitut, noch die Intestaterben sollen durch eine solche Verfügung des Mündels eine Beeinträchtigung ihrer Rechte erleiden.

L. 15 D. h. t. erklärt den »filius familias« desshalb für fähig, aus seinem »peculium castrense« von Todeswegen zu schenken, weil er auch hinsichtlich dieses Peculiums testiren kann. Diess wird noch immer von sehr vielen Schriftstellern[3])

[1]) Vergl. hiezu Schröter a. a. O. S. 119 u. Vangerow P. II. § 562. Z. 3

[2]) Vergl. hiezu auch Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte, Theil I. Abhandlung II. § 2. S. 87. A. 1.

[3]) S. z. B. Savigny a. a O. not. t; Vangerow P. II. § 562 A. Z. 2. lit. g; Windscheid P. III. § 676. A. 2; Arndts P. § 590 not. m; und besonders Keller, Institutionen § 339.

als Fall der Gleichstellung mit den Legaten angesehen; wie uns scheint, mit Unrecht.

Auf die Capacität[1]) kann die Stelle allerdings nicht bezogen werden; allein aus dem Wortgefüge derselben, sowie aus L. 7 § 6 D. 39, 5 und L. 32 § 8 D. 24, 1 geht hervor, dass wir hier nichts weiter als ein durch eine spätere Constitution gebilligtes »argumentum a majore ad minus« vor uns haben.[2])

Auf keinen Fall kann das, was etwa aus diesen Stellen für die Identität der »testamenti factio« und der Fähigkeit, »mortis causa« zu schenken, gefolgert werden könnte, dem aus den oben angegebenen Stellen gewonnenen Resultate Stand halten, da diese Stellen deutlich sprechen und keine andere Auslegung zulassen, diese aber sehr wohl mit jenen zu vereinigen sind.

Es konnte desshalb auch nach älterem römischen Rechte der Taube, der Stumme und der Peregrinus von Todeswegen schenken.

Vollständig Gleiches gilt für die Fähigkeit auf passiver Seite. Anders wiederum die ältere Doctrin, so z. B. Thibaut P. II. § 908 not. p. unter Bezugnahme auch auf L. 11 D. h. t., die aber von einer »donatio« an die Schwiegertochter »mortis filii causa« handelt.

Auch Windscheid (P. III. § 676 unter N. 17) bringt im Allgemeinen die Vertragsgrundsätze zur Anwendung; doch macht er hievon in Note 1 insoferne eine Ausnahme, als er den Beschränkungen der activen und passiven Vermächtnissfähigkeit, soweit sie auf einem Strafgesichtspunkte beruhen, Geltung zuspricht. Er verweist hiebei auf L. 7 D. h. t. und auf Stellen, die von der Capacität handeln. Doch geht aus L. 7 cit. selbst hervor, dass die Unfähigkeit des »poena capitis affectus« nicht innerhalb des Rahmens der »mortis causa negotia« bleibt und andererseits ist die Vermächtnissfähigkeit gewiss eben so gut wie die »testamenti factio« von der Incapacität, die nicht hierher gehört, zu scheiden.

§ 12. Wie die Schenkung unter Lebenden, so ist auch die Schenkung von Todeswegen ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und

---

[1]) Wie Hasse a. a. O. S. 361, Schröter a. a. O. S. 115 und 118 meinen (s. auch Vangerow P. II. § 562 Z. 3).

[2]) S. auch Hasse II. S. 360, A. 20; Rosshirt a. a. O. S. 87 Vangerow P. II. § 562. Z. 3.

insoferne immer ein Vertrag, denn seit Savigny System III. § 140 S. 312 und 313, geht die gemeine Meinung dahin, dass die obligatorischen Verträge nicht die einzigen sind und nur Wenige widersprechen.

Doch ist, selbst in diesen weiteren Rahmen, die Vertragsnatur der Schenkung und ebenso auch der Schenkung von Todeswegen bestritten. [1])

Diejenigen, welche die Vertragsnatur der Schenkung aufrecht halten, entgegnen den auf die Schenkung durch Expromission, Zahlung einer Schuld u. s. w. sich berufenden Gegnern damit, dass hier das die Schenkung bewirkende Rechtsgeschäft des Consenses zwischen Schenker und Beschenktem zu seiner Rechtsbeständigkeit nicht bedarf, dass also der Schuldner jedenfalls liberirt wird, dass jedoch zu einer dadurch zu erzielenden Beschenkung desselben immer noch dessen Zustimmung erforderlich ist. Gegen den Einwand Savigny's § 160. S. 149 und 150, dass dadurch die gesetzlichen Beschränkungen illusorisch würden, s. Vangerow a. a. O. Ueber die Mittel des widerwillig von der Schuld Befreiten oder sonst in seinem Vermögen Bereicherten s. Unger a. a. O. § 95. Nr. 29.

Aber die Differenz der Meinungen macht sich nicht nur bezüglich der durch solche Geschäfte bewirkten Schenkungen geltend, sondern erstreckt sich auf diese überhaupt; denn die nöthige Acceptation und der Consens sind rechtlich anders charakterisirt, wenn sie als wesentliche Bestandtheile nur des die Schenkung bewirkenden Vermögenszuwendungsactes oder auch der Schenkung selbst bezeichnet werden.

---

[1]) Geläugnet wird dieselbe von Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht, § 6, besonders No. 6; Savigny IV. § 160 S. 247 ff.; Seuffert P. II. § 363 A. 2; Schilling, Lehrbuch für Geschichte und Institutionen des römischen Privatrechtes, III. § 349 No. 3 und § 355 No. 3, Keller, P. § 65. — Dagegen traten auf als Vertheidiger der Vertragsnatur der Schenkung und der folgeweisen Nothwendigkeit der Acceptation: die meisten älteren Schriftsteller und von den neueren Puchta, Cursus der Institutionen II. § 205 not. p. und P. § 68 not. b; Vangerow I. § 121 A. No. III.; Böcking I. § 106 not. 12; Arndts § 80 A. 3; Unger II. § 95 S. 195—197; Windscheid II. § 365 A. 5 und Brinz § 350 S. 1546. Letzterer begnügt sich nicht damit, die Vertragsnatur der Schenkung als im Rechte gegeben hinzustellen, sondern begründet dies auch damit, dass das Recht hier dem »Gefühle« entspricht, indem man sich nicht von Jedem schenken lässt.

Auf Grund der Quellenaussprüche in L. 18. D. 12. 1,[1]) L. 19. § 2. D. 39, 5 und L. 69 D. 50. 17, ferner auf Grund der Autorität von Cicero[2]) schliessen wir uns denjenigen an, welche die Vertragsnatur der Schenkung verfechten. Weitere Unterstützung erhält diese Ansicht unseres Erachtens daraus, dass die Schenkung durch Justinian (L. 35. § 5. C. 8, 53 (54) zu einem »pactum legitimum« gestempelt wurde, da Justinian wohl kaum hiezu gelangt wäre, wenn gegen die Natur der Schenkung als eines nothwendig zweiseitigen Rechtsgeschäftes irgend ein Zweifel bestanden hätte. Davon aber, dass hier die Schenkung ähnlich einer »pollicitatio« wirken soll, verlautet Nichts; im Gegentheile ist in § 2 I. II, 7 der Kauf per analogiam angezogen worden. Und nicht nur den Endpunkt, sondern auch den Ausgangspunkt haben beide Institute mit einander gemeinsam, nur dass die hiezu nöthige Umgestaltung bei der Schenkung später eintrat als beim Kaufe. Denn der erkennbaren Tendenz des älteren römischen Rechtes gemäss bildete sowohl beim Kaufe als auch bei der Schenkung (und dies wird wohl noch von anderen Rechtsgeschäften, wo dies überhaupt möglich ist, zu verzeichnen sein) der Vollzugsact das Rechtsgeschäft selbst. (Kauf Zug um Zug — Schenkung durch Sachübergabe.) Beim Kaufe drängte seine erhöhte Wichtigkeit für den Verkehr, die schon Anfangs darin hervortritt, dass die Geschäftsformel der Mancipation ursprünglich dem Kaufe angepasst ist und erst später durch Fiction (mancipatio nummo uno) auf die Schenkung Anwendung findet, bald zu einer freieren Behandlung; man zählte ihn daher den »contractus juris gentium« bei und trennte den Vertrag und Vollzug. Bei der Schenkung dagegen war kein Anlass hiezu gegeben; im Gegentheile war hier wegen Ueberhandnehmens von Liberalitäten an Fremde und Fernerstehende zum Schutze des engeren Kreises der Familie eine Beschränkung nöthig, die auch in der »lex Cincia« gegeben wurde. Erst Justinian trennte in der oben citirten Constitution auch bei der Schenkung Vertrag und Vollzug.

---

[1]) Wo trotz Uebereinstimmung in der Richtung auf Eigenthumsübergabe und trotz der Schenkungs-Absicht Seitens des Gebers wegen diesbezüglichen Dissenses des Empfängers eine Schenkung nicht vorliegt.

[2]) Top. c. 8. i. f. nam neque deditionem neque donationem sine acceptione intelligi posse.

§ 13. Bieten sich also schon bei der Schenkung im Allgemeinen Schwierigkeiten, so häufen sich dieselben, wenn wir nunmehr zur Betrachtung der Schenkung von Todeswegen gelangen. Im Ganzen und Grossen spricht man sich hier in ähnlicher Weise aus wie bei der Schenkung unter Lebenden, und es herrscht derselbe Streit. Doch gibt es Divergenzen nach zwei Richtungen hin. Einige glauben, dass, wenn auch die Schenkung unter Lebenden mitunter ohne Acceptation perfect werden könne, dies von der »mortis causa donatio« nicht gelte, weil hier wegen der möglichen Verpflichtung zur Rückgabe nicht wie dort die Lage des Beschenkten auf jeden Fall eine günstigere wird (s. z. B. Bauer opuscula academica I. nr. 25 S. 288). Savigny a. a. O. IV. § 161 S. 164 und 165 spricht von den möglichen Einschränkungen der Schenkung, da wo sie auf Vertrag beruht, durch Bedingung, Zeit, Modus und hebt unter den so gearteten Schenkungen als von besonderer Wichtigkeit die »mortis causa donatio« und »donatio sub modo« hervor; § 174 jedoch (S. 278 und 279) spricht er von der nicht auf Vertrag beruhenden »mortis causa donatio«. Windscheid P. III. § 676 N. 14 sagt, dass abgesehen von dem bei der Schenkung Erwähnten die »mortis causa donatio« nothwendiger Weise Vertrag sei, weil die Beschränkung auf den Fall des Nichtüberlebens des Schenkers nur auf dem Vertragswege zum Ausdrucke gebracht werden könne.

Hieher gehören wohl auch alle Diejenigen, welche, gestützt auf L. 38 D. h. t., die Präsenz der beiden Parteien für nothwendig halten.[1]) Jedoch dies ist zu weit gegangen, wenn auch nicht mit Hieronymus Treutler disputationes selectae ad jus civile Pandectarum vol. II. disp. 19 thes. 9 lit. a aus L. 11 § 2 sq. D. 24, 1 das Gegentheil als wahrscheinlicher gefolgert werden kann. Theophilus ad § 1 I. II, 7 übersetzt das »praesens praesenti dat« richtig mit *ἀπὸ ζῶντος εἰς ζῶντα γίνεται*; Hugo Donellus commentarii juris civilis lib. 8 c. 1 § 6 gibt es mit »vivens viventi dat« wieder: negotium inter dantem et accipientem (s. oben § 3). Die Basiliken L. 38 Lib. 47 Tit. 3 sprechen von »*παραχρῆμα δίδοται*«; Franz

[1]) So Paulus de Castro ad L. 28 D. 39, 6, der die »mortis causa donatio« unter Abwesenden für ein Legat hält und L. 4 cit. hierauf beschränkt wissen will: Rolandinus Passagerius a. a. O. III. No. 25; Corneus consilia vol. II. cons. 129 No. 9; Petrus Barbosa a a. O. No. 90 und Haubold S. 460.

Hotomannus observationes lib. 8 c. 18 bezieht die Präsenz auf die Zeit, nicht auf die Person oder den Ort; Johann Jakob Wissembach exercitationes ad Pandectas Pars II. disp. 16 thes. 17 weist die Nothwendigkeit der »datio in manum« zurück, indem auch »datio per manum« genüge; nach Püttmann Miscellanea c. 16 S. 84 stellt Marcellus hier nur den häufigsten Fall der Schenkung von Todeswegen der mortis causa capio im engern Sinne gegenüber; s. schliesslich auch Müller § 16 und Hasse II. S. 326.

Wir vermögen nicht einzusehen, warum hier die allgemeine Regel, dass Verträge auch zwischen Abwesenden geschlossen werden können, in Wegfall kommen solle. In L. 38 cit. handelt es sich nur darum, die »mortis causa donatio« den Arten der »mortis causa capio« im engern Sinne gegenüber zu stellen; desshalb wird darauf hingedeutet, dass die erstere ein Rechtsgeschäft ist (und zwar eine Schenkung) zwischen dem Erwerbenden und Dem, auf dessen Tod eben das Rechtsgeschäft sich bezieht, während es bei der mortis causa capio im engeren Sinne, wie die beigefügten Beispiele beweisen, gegentheilig sich verhält.

Andere glauben wieder, dass durch L. 4 cit. für die »mortis causa donatio« das Erforderniss der Acceptation weggefallen sei.[1]) Dagegen sind jedoch die weitaus Meisten.[2])

---

[1]) So in der erwähnten beschriebenen Weise die in § 8 genannten Zösius, Bülow und Mackeldey, denen sich in diesem Punkte Seuffert P. III. § 647 a. E. anschliesst, ferner Ludewig de differentia juris romani et germani in donatione (dissertationes selectae No. 2 und 3); Richter de acceptatione in donatione mortis causa non necessaria; Püttmann a. a. O. c. 16 S. 74—98; Müller § 25.

[2]) Ausser den oben Genannten s. Glosse zu L. 77 § 26 D. 31; Dilectus Durantis Gualdensis de arte testandi et cautelis ultimarum voluntatum tit. 1 caut. 1 No. 4 (Tractatus universi juris VIII. 1); Bartolus ad L. 28 und 38. Dig 39, 6; Didacus Covarruvias Toletanus de testamentis Pars III. No. 13; Cujacius responsa Papiniani lib. VIII ad L. 77 § 26 D. 31; Giphanius a. a. O. Proleg. ad Tit. 39, 6; Ludwig Molina de justitia et jure Tom II. tract. II. disp 287 No. 6; Ulrich Huber praelect. § 3 I. II. 7; Lauterbach coll. theor. pract. § 6 Tit. 39, 6 und dissertationes academicae vol. II. No. 74. thes. 6. § 2; Just. Henning Böhmer introductio in jus Digestorum § 4. D. 39, 6; Berger oeconomia juris lib. II. tit. 2 No. 21; Jacobus Voorda, commentarius ad legem Falcidiam c. 6 No. 6; Samuel Stryk specimen usus moderni Pandectarum § 1 T. 39, 6; Ortwin Westenberg principia juris § 11 T. 39, 6; Daniel Faber de legatorum et mortis causa dona-

Während die gewöhnliche Argumentation der Gegner die ist, dass durch die Vermächtnissförmlichkeit die Acceptation ausgeschlossen wird, führt Müller § 21 ff. ausserdem noch an, dass die Acceptation auch nach dem Pandektenrechte nie nothwendig gewesen sei und dass sie desshalb von Justinian nicht erwähnt zu werden brauchte. L. 38 D. 39, 6, L. 11 § 2 D. 24, 1 und L. 55 D. 44, 7 (Müller §§ 16, 19, 20) sprechen allerdings nicht für das nothwendige Erforderniss der Annahme; L. 75 pr. und L. 77 § 26 D. 31 jedoch, auf die wir noch zu sprechen kommen, könnten wohl indirekt dafür Zeugniss geben (Anders Müller §§ 17, 18). Das Hauptargument aber ist für uns, dass die »mortis causa donatio« ihren Ausgang von der gemeinen Schenkung genommen hat, und dass sich nirgends eine Andeutung irgend einer Abweichung in dieser Beziehung findet. Auch dafür, dass durch L. 4 cit. hierin eine Aenderung eintrat, ist kein Anhaltspunkt gegeben. Denn auch unter Beiziehung von 5 Zeugen unter Anwendung der Legatsfeierlichkeit kann der Schenkungs-Consens, der Schenkungswille und die Acceptation, erklärt werden; wir wüssten nicht, in wieferne dies unmöglich sein sollte.[1]) Dazu kommt, dass Justinian selbst in c. 1. Nov. 87 von »pactio« spricht. Andererseits verlautet von einem Rechte der Annahme oder Ausschlagung, wie wir es beim Legate vorfinden, hier Nichts, so dass die »mortis causa donatio« in dieser Beziehung vollständig in der Luft schweben würde. Der Wille des Beschenkten käme dann hier noch bedeutend weniger in Betracht, als bei der Vermögensvermehrung durch einseitige letztwillige Verfügung. Eine Liberalität könnte hier »invito« erworben werden.

Dadurch erledigt sich von selbst die Frage, ob die »mortis causa donatio« auch in einem Testamente errichtet werden kann,

---

tionum differentiis earumque usu hodierno § 6; Augustin Leyser, meditationes ad Pandectas Bd. VI. specimen 438 Z. V.; David Georg Strube, Rechtliche Bedenken II. Bd. 436; Hellfeld jurisprudentia forensis § 1708; Höpfner, Commentar zu den Institutionen § 414; Dabelow, System des gesammten heutigen Civilrechtes § 2416; Thibaut P. § 908 not. h; Schirach, Archiv für civilistische Praxis Bd. II. No. 31 § 5 ff. S. 304—321; Schweppe V. § 947 S. 421; Wening-Ingenheim III. § 449; Klinkhammer c. 5 § 1 S. 165; Puchta Pand. § 552; Schröter S. 145 und 146; Meyerfeld a. a. O. § 8 No. 13 S. 82; Unger a. a. O. VI. § 77 A. 19; E. A. Seuffert in Note 7 zu I. A. Seuffert's Pand. § 647.

[1]) S. hierüber auch Wening-Ingenheim und Puchta a. a. O.

wie diess hauptsächlich von den Glossatoren und Postglossatoren behauptet wird.[1])

Dabei herrscht Streit, ob dann die zuständige Klage die »actio ex testamento« oder die condictio ex lege 35 C. 8, 53 (54) ist, und Petrus Barbosa a. a. O. No. 125 gibt sich alle Mühe zu beweisen, dass die »mortis causa donatio« trotz Errichtung im Testamente ein Vertrag bleibe. Dieser Streit ist durchaus gegenstandslos; denn durch die nothwendige beiderseitige Erklärung (und dazu etwa noch Vorverhandlung) wird die zur Testamentserrichtung nöthige »unitas actus« gestört.[2])

Dass diese Acceptation nicht nach dem Tode des Beschenkten von dessen Erben geschehen kann, ergibt sich nach Anlage und Natur der »mortis causa donatio« von selbst; sie kann auch nicht von Seiten des Beschenkten nach dem Tode des Schenkers geschehen. Auch bezüglich der Schenkung unter Lebenden ist diess bestritten. Doch ist die herrschende Meinung für die Negation; s. Savigny § 160 S. 151 ff, bs. S. 152 not. a., weil doch wenigstens ein Zeitpunkt vorhanden sein muss, an dem Schenker sowohl, wie Beschenkter übereinstimmend die Schenkung gewollt haben. Dies Zusammentreffen der beiderseitigen Willenserklärungen (und zwar vor Perfection des Rechtsgeschäftes, als Voraussetzung derselben) ist das »essentiale« des Vertrages; denn auch bei der Erbschaft und beim Legat finden wir je eine Willenserklärung des Verfügenden und des Bedachten. Was von der Schenkung unter Lebenden gilt, trifft auch bei der von Todeswegen zu, da auch sie so gut wie die »vera et absoluta donatio« ein Vertrag ist; es darf desshalb nicht mit Ulrich Huber praelect. § 3. I. II, 7 davon ausgegangen werden, dass der einmal erklärte Wille fortdauert, gleichsam den Erklärenden überlebt; denn der Wille allein als blosse Thatsache hat diese Kraft nicht, sondern nur, wenn er das Rechtsverhältniss, auf das er gerichtet war, begründet hat. In L. 8 § 3 D. 38, 2 bezieht sich das von der Zeit nach dem Tode des Schenkers zu verstehende »si mortis causa donationem adgnoverit« nicht auf die Annahmeerklärung

[1]) S. insbesondere Bartolus ad L. 1 D. 39, 6.

[2]) Hierüber s. Müller § 40 (bei der Annahme der Nothwendigkeit der Acceptation, aber auch sonst noch aus anderem Grunde); Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. II. § 552, und Vangerow II. § 563 A. No. II.

des Beschenkten, sondern auf dessen Schritte, die noch nicht vollzogene Schenkung zum Vollzug zu bringen. Hierin wird ein Festhalten an der »mortis causa donatio« und eine Verzichtleistung auf die »bonorum possessio contra tabulas« erblickt. Unter dem hiezu gegensätzlich gestellten »si vivus donavit« ist die sofort vollzogene Schenkung verstanden, wie auch das nachfolgende »ab eis decedere« und das »ea compensare« zeigt.

§ 14. Aber auch Viele, die Acceptation des von Todeswegen Beschenkten zur Rechtsgiltigkeit der Schenkung fordern, lassen die »mortis causa donatio« wegen ihrer Natur als »mortis causa negotium«, weil die gebrauchten Worte wenig Bedeutung haben, bei fehlender Acceptation als Fideicommiss gelten.[1]) L. 28, L. 18 § 2 D. h. t. und L. 75 pr. L. 77 § 26 D. 31 sollen diess beweisen. Doch ist die etwas corrupte L. 28 cit. eine eigentliche und echte »mortis causa donatio«,[2]) da die Annahme der Liberationsurkunde eine stillschweigende Annahme der Schenkung enthält. L. 18 § 2 eod. dagegen ist eine »mortis causa capio« im engeren Sinne. Acceptation vor dem Tode der Titia ist hier ein Ding der Unmöglichkeit, und lag auch nicht im Sinne der Titia. Für das Fideicommiss (ähnlich der L. 75 pr. D. 31) spricht das Wort »rogavit«. Doch nicht nur, dass der Erbe hier nicht als Beauftragter erscheint; Titia betraut ausdrücklich einen Andern. Genauer genommen haben wir hier also ein »mandatum mortis causa«[3]); dass diess durch den Tod des Mandaten nicht hinfällig wird, s. L. 12 § 17 L. 13 D. 17, 1 entgegen L. 108 D. 46, 3, wo das »post mortem meam« aus dem ersten Falle auch in diesem Zusammenhang gebracht wurde, ohne an passender Stelle zu sein.[4]) Dann wird uns auch klar, warum in L. 18 § 2 cit. 2 Exceptionen für zulässig erklärt werden; denn mit Noodt observationes lib. II. c. 4 verschiedene Personen als Subject aufzufassen und der Ageria die »exceptio pacti conventi«, den Schuldnern die »exceptio doli« als Vertheidigungsmittel zuzutheilen, verbietet

---

[1]) S. hiezu Molina, Lauterbach, Berger, Strube, Leyser, Schweppe, Mackeldey a a. O. und hauptsächlich Savigny § 170 S. 252 not. cc.

[2]) Bartolus ad h. l. spricht von pactum liberatorium.

[3]) Bartolus ad h. l.; Giphanius a. a. O. nr. 3 ad h. l.; Abraham Wieling lectiones juris civilis lib. II. c. XI. No. 6.

[4]) Hierüber auch Cujacius, observationes lib. I. c. 38.

die Stelle selbst, weil mit der Ageria kein »pactum de non petendo« abgeschlossen wurde und abgeschlossen werden konnte; es kann aber auch nicht mit Savigny a. a. O. die Wahl der beiden Exceptionen auf die »mortis causa donatio« mit Acceptation oder Fideicommiss ohne dieselbe zurückgeführt werden, da hier ein responsum vorliegt und der Jurist über diesen wichtigen Punkt wohl unterrichtet gewesen sein wird — abgesehen davon, dass sonst ein Fideicommiss, als welches diess am Anfange von Savigny bezeichnet wird, durch Annahmeerklärung des Bedachten zu Lebzeiten des Verfügenden in eine »mortis causa donatio« umgewandelt werden könnte. Die »doli exceptio« erklärt sich aus L. 2 § 5 D. 44, 4 und L. 10 § 2 D. 2, 14; die »exceptio pacti conventi« ebenfalls aus der letzten dieser beiden Stellen und aus L. 2 D. 2, 14. Wir haben hier ein »pactum tacitum« mit dem Beauftragten des Gläubigers, vollzogen durch die Uebergabe und Annahme der Schuldscheine. Ein »pactum de non petendo« liegt vor, aber trotzdem keine »mortis causa donatio«, wie Pothier Pandectae Justinianeae Tit. 39, 6 art. II. No. 14 und Bolley a. a. O. § 7 No. X. S. 66 herleiten wollen. Dass in Folge der »liberatio legata« der Erbe mit dem früheren Schuldner ein »pactum de non petendo« abschliesst oder ihm acceptoferirt, ereignet sich des Oefteren; der Erbe befolgt hier den einseitig rite erklärten Willen des Erblassers. Eine Schenkung von Todeswegen aber, die einen präsenten Willen des Schenkers erfordert, kann nie und nimmer nach dem Ableben des Schenkers errichtet werden und doch wäre diess der Fall, wenn Acceptation nach dem Tode des Schenkers zugelassen würde. Für das »pactum de non petendo« ist demnach, ebenso wie für die Legatsannahme überhaupt, diese Willenserklärung des Schuldners nach dem Tode des Gläubigers genügend, nicht aber für die »mortis causa donatio«.

Desshalb spricht L. 28 cit. ausdrücklich von »mortis causa donatio«, L. 18 § 2 aber, ebenso wie L. 75 pr. D. 31, nur von einer »donatio«. Dass in einer Lex derselbe Jurist ohne Vermittlung plötzlich von der »mortis causa donatio« auf die mortis causa capio im engeren Sinne zu sprechen kam, darf dabei nicht Wunder nehmen; denn dasselbe Verhältniss besteht zwischen dem principium und dem ersten Paragraphen dieser Stelle. Ueberdies handelt diese Lex hauptsächlich von der mortis causa capio ausserhalb der donatio.

Auch L. 75 pr. und L. 77 § 26 D. 31 können nicht das beweisen, wofür sie angeführt werden. Denn auch hier ist gar nicht von einer »mortis causa donatio« die Rede, sondern nur von einem reinen Fideicommisse. Die Absicht des »miles« und der »mater« geht nicht auf Abschliessung eines Vertrages, sondern auf einseitige Willenserklärung, deren Anomalität darin besteht, dass sie nicht an den Beschwerten gerichtet ist. Desshalb geht denn auch die Begründung der beiden responsa in übereinstimmender Weise dahin: »consistit fideicommissum etsi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur« und »non quaeri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur«.[1])

Aber auch auf die allgemeinen Regeln, dass mehr der Wille als die Worte zu berücksichtigen seien, kann nicht zurückgegriffen werden. Diess könnte nur dann sein, wenn, wie in den letztgenannten Stellen, der Fideicommiss-Wille klar wäre, nicht aber Fideicommiss-Worte gebraucht wurden, und wird in weitester Ausdehnung da Anwendung finden, wo deutlich auf Acceptation verzichtet wurde, oder wo der »mortis causa donatio«, wie diess wohl zulässig sein dürfte, die Codicillarclausel beigefügt ist, indem dann ein Fideicommiss angenommen wird.[2]) Sonst aber nicht. Einen Beweis dafür liefert L. 77 § 6 D. 31, wo kein Fideicommiss angenommen wird, weil kein darauf bezüglicher Wille des Schenkers ersichtlich ist und überhaupt ein »mandatum mortis causa« nicht vorliegt.[3]) Allerdings, und diess bezieht sich besonders auf den zweiten Fall der Stelle, spielt hier noch ein anderes Verhältniss mit herein. Wir haben nicht die direct zwischen Schenker und Beschenkten sich vollziehende »mortis causa donatio«. Aber immerhin ist die Stelle hier einschlägig: »nec mortis causa cepisse videtur«.

---

[1]) S. auch Müller a. a. O. § 17 und 18.

[2]) So schon Höpfner a. a. O. § 414; Müller § 40 (wie oben); Schröter S. 145 ff.; Wening-Ingenheim III. § 449 not. g. (5. Aufl.)

[3]) S. hierüber auch Cujacius responsa Papiniani lib. VIII ad L. 77 § 6 und § 26, D. 31, der die ersten dieser beiden Stellen im Gegensatz zur letzteren und zu L. 75 pr. D. 31 bringt, weil donatio inter vivos und mortis causa ignoranti non fit und weil in L. 77 § 6 cit. von einem mandatum, ut statim vel me vivo non post, mortem meam solveret die Rede ist; ebenso Anton Faber, de erroribus pragmaticorum, dec. 43. err. 3. und Mühlenbruch P. III. § 751 not. 2.

§ 15. Wird durch die Schenkung von Todeswegen ein Haben des Ueberlebenden (Beschenkten) bezweckt, so ist nothwendig, dass dieser, soll er überhaupt haben, erst erhalte. Dies wird durch das Vermögenszuwendungsgeschäft bewirkt. Während nun diesbezüglich beim Legate der Schwerpunkt auf die Zeit nach dem Tode des Verfügenden verlegt ist, gehört es bei der Schenkung unter Lebenden und ebenso auch bei der »mortis causa donatio« zum Errichtungsacte. Wenn wir nun das Vermögenszuwendungsgeschäft bei der Schenkung von Todeswegen im Folgenden näher betrachten, so wird uns dadurch zugleich Gelegenheit geboten, die verschiedenen Schenkungsgegenstände kennen zu lernen; denn diesen wird sich natürlich stets das der Schenkung zur Verkörperung verhelfende Rechtsgeschäft anpassen.

Dem Wesen der Schenkung gemäss bleiben hiebei alle Geschäfte ausgeschlossen, die nicht Zuwendung aus dem Vermögen des Einen in das des Andern bewirken. Desshalb verneint Savigny[1]) mit Recht, dass durch Manumission eines Sklaven eine Schenkung, sei es unter Lebenden, sei es von Todeswegen, an denselben geschehen könne (L. 15 D. 40, 1), weil die Freiheit kein Vermögenswerth ist, ihre Erlangung für den Freigelassenen keine Vermögensvermehrung bildet. Doch wird die »manumissio mortis causa« der Schenkung von Todeswegen durchgehends ähnlich behandelt. Weiter besitzen wir in L. 35 § 5 D. h. t. einen directen Quellenausspruch, dahin gehend, dass die Eingehung eines Societätsverhältnisses nicht geeignet ist, eine »mortis causa donatio« zu bewirken. Im Uebrigen ist eine Behandlung dieses Themas für die Schenkung unter Lebenden bedeutend interessanter wie für die von Todeswegen, da durch den Zweck, den diese befolgt, viele solche Geschäfte zwar nicht rechtlich, aber doch factisch ausgeschlossen sind. Desshalb soll hier auch eine weitere Aufzählung unterbleiben.

Die Schenkung von Todeswegen kann, wie die unter Lebenden, dadurch geschehen, dass der Schenker dem Beschenkten ein in seinem Vermögen vorhandenes Recht überträgt, dass er ihm ein Recht eigens bestellt[2]) und dass er ihn von einer Verbindlichkeit befreit. Die zu übertragenden und zu bestellenden

---

[1]) Savigny a. a. O. IV. § 148 S. 151 und § 170 S. 253.

[2]) Wir möchten unterscheiden: Schenkung durch Translation oder durch Constituirung eines Rechtes.

Rechte können sowohl dingliche Rechte als auch Forderungsrechte sein. Der Schenker kann dem Beschenkten das Eigenthum an einer seiner Sachen übertragen. Es geschieht dies durch Tradition derselben, im vorjustinianischen Rechte auch durch Mancipation und Injurecession. Scheurl[1]) erklärt es zwar für durchaus unwahrscheinlich, dass, wer eine Sache »mortis causa« schenken wollte, sie, wenn es eine res mancipi war, nicht blos tradirte, sondern injurecedirte oder mancipirte; allein dies ist doch wohl nur Hypothese und die entgegengesetzte Meinung Schulin's,[2]) der es als eine Unwahrscheinlichkeit erachtet, dass man sich bei der »mortis causa donatio« einer res mancipi mit der blossen Tradition begnügte, verdient gewiss ebenso viel Berücksichtigung. Die Tradition aber scheint häufiger gewesen zu sein, da die Hingabe der Sache mit Aufschub des Eigenthumsüberganges, die bei der Mancipation und Injurecession nach der Natur derselben unstatthaft war, in L. 2 D. h. t. als »species mortis causa donationum« aufgeführt wird. Auch ein ususfructus kann, natürlich nur der Ausübung, nicht dem Rechte nach Gegenstand der »mortis causa donatio« werden; ebenso wie einem directen Quellenzeugniss nach der Niessbrauch auf dem Wege der »mortis causa donatio« auf den Proprietar zurückübertragen werden kann (L. 3 § 3 D. 32); »nec quemquam moveat, quod ususfructus solet morte extingui; nam medii potius temporis quo vivat qui donavit commodum cogitemus.« Anderes gilt bezüglich des usus und der habitatio, da diese auch nicht der Ausübung nach schenkungsweise übertragen werden dürfen (L. 10 pr. D. 7, 8).

Zur Uebertragung eines dem Schenker zustehenden Forderungsrechtes auf den Beschenkten dienen die Delegation und die Cession. Diese kommt, besonders im römischen Recht, seltener vor. In unseren Quellen finden wir kein Beispiel dafür, doch auch Nichts, das auf seinen Ausschluss hindeutet. Die Delegation ist entschieden das Häufigere.[3])

Der Schenker kann aber auch dem Beschenkten ein Recht gewähren, das er als solches nicht hatte. Er kann ihm an

---

[1]) Scheurl, Ueber Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften; Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes II. Bd. 2. Heft. § 67. S. 237.

[2]) Schulin, Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio S. 77.

[3]) Hievon handeln L. 18 § 1, L. 31 § 3 D. h. t. und L. 77 § 2 D. 31, L. 2 § 2 C. h. t.; vgl. auch L. 11 D. 33, 4.

seinen Sachen eine Servitut bestellen; er kann ihm eine Forderung gegen sich einräumen. Dass vor Allem der Niessbrauch »mortis causa« constituirt werden kann, s. L. 1 § 2 D. 7, 9[1]); hier ist Beschränkung des Zusammenfallens der Schenkung auf den einzigen Fall der Prämorienz des Beschenkten eine Schenkung unter Lebenden.[2]) Bei den Realservituten ist wegen der Natur derselben Mehreres in Betracht zu ziehen; doch haben wir keine Andeutung dafür, dass sie ausgeschlossen sind.[3])

Eine Forderung gegen den Schenker erwirbt der Beschenkte durch Stipulation und einfachen Vertrag. Ueber jene s. L. 34 und 35 § 7 D. h. t., L. 76 D. 23, 3, L. 52 § 1 D. 24, 1, sowie die Definition des Festus de verborum significatione s. v. M.: »mortis causa stipulatio existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur aut ut quidam dixerunt cujus stipulationis mors fuit causa«. Von der Schenkung durch einfachen Vertrag überhaupt handelt L. 35 § 5 C. 8, 53 (54). Ist diese nur auf die Schenkung unter Lebenden zu beschränken oder auch auf die von Todeswegen auszudehnen? In dieser Constitution bestimmt Justinian nicht, wie Müller a. a. O. § 5 S. 17—19 meint (und zwar nur für die Schenkung unter Lebenden), dass man auch aus einer Stipulation und einem pactum de donando zur Tradition angehalten werden könne; denn die Stipulation und das einfache pactum werden wohl unterschieden, indem bezüglich des Traditionszwanges bei der ersteren hingewiesen wird auf deren obligatorische Kraft (ex ejus auctoritate), während beim pactum die »lex nostra« zu Hilfe genommen wird. Zwischen exceptis personis wird die Schenkung von jeher durch promissio perfect (Vat. fr. 310) und sonst auch die modica donatio.[4])

Ebenso geht aus dem Zusammenhange und aus der Gleichstellung mit dem Kaufe in § 2 I. II. 7 hervor, dass das pactum nicht vom Schenkungsvorvertrage, sondern vom Schenkungsvertrage selbst zu verstehen ist.

Schwieriger ist die Entscheidung, ob die bezüglich des Inhaltes also klargestellte Constitution (erlassen vor L. 4 C. 8, 56 [57]) lediglich auf die Schenkung unter Lebenden sich bezieht oder auf die Schenkung überhaupt. Hier sind wir mit

---

[1]) Hasse a. a. O. II. S. 321 und Schröter a. a. O. S. 101.
[2]) Hasse a. a. O.
[3]) Hasse a. a. O. S. 322.
[4]) Vergl. hierüber Vat. fr. 266; ausserdem L. 9. D. 39 5. u. a. m.

Savigny § 170 S. 251 und Sintenis III. § 216 A. 6 der Ansicht, dass kein Grund gegeben ist, die »mortis causa donatio«, welche vom Gesetzgeber nicht ausgeschlossen wird, auszuschliessen und dass insbesondere die angeführten Motive dieses Gesetzes und der Uebergang der Verbindlichkeit auf die beiderseitigen Erben nicht für einen solchen Ausschluss sprechen, da die Motive im Allgemeinen mehr oder minder gleichgiltig sind und das »mutatis mutandis« sich wohl von selbst versteht. Auch von zahlreichen früheren Schriftstellern wird diese Ansicht bereits vertreten.[1])

Natürlich ist damit nur gesagt, dass der blosse Vertrag insoferne genügt, als Stipulation nicht nothwendig ist, nicht dass dieser Vertrag alle anderen Erfordernisse ersetzen solle.

Für unser heutiges Recht ist es jedenfalls unzweifelhaft, dass auch bei der »mortis causa donatio« in Folge einfachen Vertrages ein Forderungsrecht entsteht.

Schulderlass wird bewirkt durch das »pactum de non peterio« und die »acceptilatio«. Beide kommen hier vor.[2]) Hieher gehören auch alle Fälle der Tilgung einer Schuld des Beschenkten durch den Schenker, sei es direct, sei es nur mittelbar, da sie sich insgesammt auch so auffassen lassen, dass darin zugleich die Befreiung von einer eigenen Forderung des Gebers selbst enthalten ist (Savigny a. a. O. IV. § 158 S. 133).

Während, wie wir sahen, die gemeine Meinung dahin geht, dass die Schenkung von Todeswegen ebenso wie die unter Lebenden im justinianischen Rechte durch die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte bewirkt werden kann, hat Müller a. a. O. § 2—5 die Behauptung aufgestellt, dass die »mortis causa

---

[1]) S. Bartolus ad L. 1 D. 39, 6; Rolandinus Passagerius Bononiensis flores ultimarum voluntatum Pars III. No. 23 (im Tractatus universi juris ed. Venetiis 1584, Tom. VIII. Pars I.); Didacus Covarruvias de testamentis Pars III. No. 17 (ebendaselbst); Petrus Barbosa a. a. O. No. 125; Philippus Corneus, consilia vol. II. cons. 129 nr. 9; Perez praelect. nr. 8 C. 8, 57; Gomez variae resolutiones tom. II. c. 4 nr. 16; Retes, de donationibus c. 17 § 6 (in Meermanni thesaurus tom. VI. p. 635). Anderer Meinung sind mit Müller a. a. O. Giphanias a. a. O. ad L. 29 D. 39, 6; Anton Faber de erroribus pragmaticorum dec. 44 err. 3; Haubold a. a. O. c. 3 S. 462; Schröter a. a. O. S. 132; Hasse a. a. O. A. 116.

[2]) L. 28 D. h. t., L. 15 pr. D. 35, 2; L. 24, L. 31 § 1, § 4, L. 35 § 6 D. h. t, L 3 pr. D. 32, L. 82 i. m. D. 35, 2.

donatio« nur durch gleichbaldige Tradition erfolgen könne.[1]) Eigentlich handelt es sich hier nur um die Fassung; denn wenn auch Müller anscheinend die »mortis causa donatio« durch pactum de non petendo und Acceptilation, bei denen nicht von Tradition gesprochen werden kann, nicht kennt, so erinnert er sich doch daran, dass die »mortis causa donatio« auch durch Stipulation bewerkstelligt werden kann. Er glaubt zwar (§ 32), dass dies nur in Ausnahmsfällen, bei Schenkung einer Rente Platz greifen kann, und will zeigen, dass die Stipulation hier nur an die Stelle der Tradition tritt, weil der Schenkungsgegenstand ausnahmsweise keine Sache, sondern eine Obligation ist. Doch ist, wie uns scheint, schon hieraus ersichtlich, dass es zu einseitig und beschränkt ist, die Tradition als Erforderniss der Schenkung unter Lebenden sowohl (bis zu L. 35 § 5 cit.) als auch von Todeswegen zu erklären. Dass man aber noch weiter gehen muss, als Müller will, erhellt schon daraus, dass, wie wir eben mit Hilfe der Quellen zeigten, die »mortis causa donatio« und zwar nicht ausnahmsweise, auf die mannigfaltigste Art bewerkstelligt werden kann.

§ 16. Regelmässig ist das Vermögenszuwendungsgeschäft ein einfaches Geschäft zwischen Schenker und Beschenktem. Es kann aber auch »gebrochen und zum Doppelgeschäfte gemacht« (Brinz P. § 368 S. 1599), »in seinem Thatbestande gespalten werden« (Lotmar über causa im römischen Recht S. 98), so dass es zum zusammengesetzten Geschäfte wird. Eine dritte Person kommt hinzu. Diese kann bisher in keinem Verhältnisse zu den Parteien gestanden sein, wie uns dies z. B. bei der »interposita persona« der L. 11 §§ 2, 6, 7, 8 D. 24, 1 entgegentritt; es scheint dies Verhältniss besonders häufig unter Ehegatten stattgefunden zu haben; doch war es sicher auch unter Anderen nicht ausgeschlossen. Die »interposita persona« tritt zu dem, der sie aufstellt, in ein Auftragsverhältniss. Es kann aber der Dritte auch schon früher mit den Parteien in Verbindung gestanden sein. So kann z. B. der Schenker seinen Schuldner dem Beschenkten delegiren oder auch dem Gläubiger des

[1]) Dagegen Zimmern a. a. O. S. 234, jedoch zu weitgehend, weil er die Beziehung der lex Cincia auf die mortis causa donatio in Abrede stellt; Hasse a. a O. II. Anm. 116 S. 310 ff. und Vangerow P. II. § 561 A. nr. II. Z. 2.

Beschenkten, so dass dann zum Dritten nun auch noch die vierte Person hinzutritt (L. 18 § 1, L. 31 § 3 D. h. t. und L. 77 § 6 D. 31). Ausser dem die »mortis causa donatio« bewirkenden Vermögenszuwendungsgeschäfte haben wir dann noch eine »solutio« oder (im zweiten Falle) deren zwei. Doch geht uns dies hier nicht näher an. Wir haben hier vielmehr nur darauf aufmerksam zu machen, dass der vom Schenker aufgestellte »interpositus« oder »delegatus« noch vor dem Tode des Schenkers mit dem Beschenkten das Geschäft abzuschliessen hat, da sonst die »mortis causa donatio« nach dem Tode des Schenkers errichtet würde, was nicht der Fall sein kann (vgl. L. 11 § 8 D. 24, 1 und L. 77 § 6 D. 31). Eine erschöpfende Darstellung aller solcher Möglichkeiten war von uns nicht beabsichtigt.

Wir denken nun den Beweis geführt zu haben, dass die »mortis causa donatio« bis Justinian auf dieselbe Weise constituirt wurde, wie die gewöhnliche Schenkung, und dass auch Justinian hieran nicht so durchgreifend änderte, wie dies mitunter behauptet wird. Dabei wird nun wohl manchem der Leser der Gedanke gekommen sein, dass dann dieser Schenkung die »donatio inter vivos« nicht so recht entgegengestellt werden könne; denn das »inter vivos negotium« steht dem »mortis causa negotium« nicht als directes Widerspiel gegenüber, sondern das Letztere wird seines Zweckes halber so genannt, das Erstere wegen der Art seiner Errichtung. Gewöhnlich allerdings, und besonders im römischen Rechte, treffen wir einen Gegensatz bezüglich der Constituirung, indem die übrigen mortis causa negotia nicht zweiseitig sind, nicht auf dem Vertragswege entstehen. Ein hieraus abzuleitender Vorwurf jedoch würde nur die neuere Ausdrucksweise treffen, nicht die Quellen; denn hier finden wir nur selten die eigentliche Schenkung der »mortis causa donatio« gegenüber als »donatio inter vivos« bezeichnet, gewöhnlich anders, z. B. als »propria donatio« (L. 1 pr. D. 39, 5) gegenüber der »non propria« oder als »vera et absoluta donatio« (L. 35 § 2, L. 42 § 1 D. h. t.) oder, was noch charakteristischer ist, als »non mortis causa donatio« (pr. I. II, 7; L. 67 § 1 D. 50, 16).

III. Capitel.

Vollendung und Pendenz der Schenkung von Todeswegen.

§ 17. Wir haben gezeigt, dass die »mortis causa donatio« in der Art ihrer Constituirung von der gewöhnlichen Schenkung sich in Nichts unterscheidet. Die eigentliche Schenkung aber bewirkt auf Seite des Beschenkten sofort absolute Vermögensvermehrung, während diess nach § 6 bei der Schenkung von Todeswegen nicht der Fall ist; hier ist vielmehr der Tod des Schenkers noch abzuwarten; ein »animus ne ullo casu ad se revertatur« (L. 1 pr. D. 39, 5), wie er zur Schenkung erfordert wird, ist bei der Errichtung der »mortis causa donatio« nicht vorhanden. Wie aber, wenn nun desshalb die Perfection, die Rechtsgiltigkeit der Schenkung von Todeswegen bis zum Tode des Schenkers hinausgeschoben ist? Es würde sich diess lediglich als systematische Folge erweisen, hervorgerufen durch die besondere Qualification des Zweckes der Schenkung unter Beibehaltung ihrer Natur. Wir ziehen auch diese Consequenz. Doch ist diese Ansicht durchaus nicht unangefochten; vielmehr gibt es zahlreiche Schriftsteller, welche behaupten, dass die Schenkung von Todeswegen sofort mit ihrer Errichtung vollendet sei und lediglich wieder aufgelöst oder rückgängig gemacht werden könne. Es ist demnach unsere Aufgabe, das diese Frage betreffende Quellenmaterial sorgfältig zu untersuchen und die Richtigkeit der Erwägungen, von denen die Gegner sich leiten lassen, zu prüfen. Eine vorgängige genaue Analyse der Schenkung von Todeswegen wird uns dies Letztere erleichtern. Sie muss, wenn wir die erst mit dem Tode des Schenkers erfolgende Perfection zum Ausgangspunkte nehmen, dieselben Resultate erzielen, die wir in § 6 in kurzer Deduction aus Wesen und Zweck der »mortis causa donatio« gewonnen haben; denn das Recht hat seine bestimmte Technik und folgt beim Aus- und Aufbaue der einzelnen Rechtsinstitute in erster Reihe logischen Grund-

sätzen: dass aber in unserer Lehre von dem leitenden Prinzipe wegen Ueberwiegens entgegenstehender praktischer oder sonstiger Rücksichten (utilitatis causa, favoris causa u. s. w.) abgewichen wurde, wird nirgends angedeutet. Wir gewinnen so einen Prüfstein für Richtigkeit oder Unrichtigkeit unserer Ansicht und zugleich wird uns Gelegenheit geboten, das, was in § 6 mehr oberflächlich berührt wurde, eingehender zu behandeln.

Bezüglich der Frage, wann die Schenkung von Todeswegen sich vollendet, würde wohl kaum solche Uneinigkeit, wie es thatsächlich der Fall ist, herrschen, wenn nicht der Ausdruck »perfecta donatio« eine verschiedene Bedeutung hätte.[1]) Auch bei der »mortis causa donatio« tritt diess zu Tage. In vielen Stellen wird davon gesprochen, dass sie erst mit dem Tode des Schenkers perfect werde; nur eine Stelle erklärt sie ausdrücklich bereits vor diesem Zeitpunkte für perfect. Es ist diess L. 42 pr. D. h. t. mit den hier einschlägigen Worten: »prior donatio quae dominio translato pridem perfecta est.« Diese Schenkung ist keine »inter vivos donatio«, wie Schilling a. a. O. § 353 not. q meint; es kann zwar ein solches Geschäft Zweifel erregen[2]); allein die Worte Papinian's: »non potest denegari mortis causa factam videri« beziehen sich offensichtlich, wie die vorangehende Frage: »utrum certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet?« zeigt auf diese »prior donatio«. Jedoch die Perfection bedeutet hier, wie schon aus dem Zusatze »translato dominio« hervorgeht, den Vollzug, es müsste denn Papinian von der Rechtsgiltigkeit eines Geschäftes sprechen, ehe er dessen Natur untersucht hatte. So deutet auch Schilling diess »perfecta donatio«, trotzdem er diese Schenkung für eine Schenkung unter Lebenden hält. Desshalb auch vielleicht vermissen wir gewöhnlich den Hinweis auf diese Stelle bei Denjenigen, welche die »mortis causa donatio« sofort mit ihrer Errichtung für rechtsbeständig halten.

Aehnlich ist L. 1 D. 39, 5,[3]) denn [wenn die Schenkung von Todeswegen eine »donatio« ist, »quae sub condicione solvitur« (ähnlich der »donatio soluta« der L. 42 cit.), so muss sie, um aufgelöst zu werden, vor Eintritt der Bedingung be-

[1]) Hierüber s. besonders Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechtes Bd. III. § 350 Erinnerung 3.

[2]) L. 2 C. 8, 54 (55) und besonders L. 37 § 3 D. 32.

[3]) Schröter a. a. O. S. 104.

standen haben. Allein hier drängen sich mehrere Bedenken auf sowohl gegen die Stelle überhaupt, als auch hauptsächlich gegen eine solche Auslegung derselben. Wir wollen Nichts über die Definition der Schenkung sagen,[1]) uns befremdet insbesondere, dass Julian trotz seiner Definition auch da von »donatio« spricht, wo einmal das »statim accipientis fieri«, das andere Mal das »ne ullo casu revertatur« fehlt, während er sonst in ähnlichen Fällen wohl das »donare« und »dare« zu scheiden weiss.[2]) Halten wir aber unserer Stelle insbesondere das gegenüber, was der L. 2 D. h. t. zufolge Julian in demselben 17. Buche seiner Digesten von den verschiedenen Arten der »mortis causa donatio« schreibt, so ersehen wir daraus, dass dieselben nur in dem einen, allerdings vorwiegenden Falle eine Schenkung »quae sub condicione solvitur« sein könnte, in dem anderen Falle dagegen eine »donatio sub condicione« wäre.[3]) Die Analogie der in diem addictio und lex commissoria darf nicht angezogen werden[4]); denn dann dürfte — abgesehen von anderen Bedenken bezüglich der Wirkung der Resolutivbedingung — die »mortis causa donatio« nie als besonderes Rechtsinstitut behandelt, nicht als »donatio quae mortis consilium ac titulum habet« der »donatio certae condicionis« entgegengesetzt werden; es wäre dann unklar, wie Justinian dazu gekommen ist, für das bedingte Geschäft eine andere Form der Eingehung zuzulassen, wie für das pure Geschäft, und man müsste dann mit Fitting, über den Begriff der Rückziehung § 79 S. 116 A. 167, nur die auf diese Weise suspensiv bedingte Schenkung als den Legaten sich annähernd, den häufigeren Fall dagegen als ausserhalb dieses Streites stehend, betrachten: es wäre ferner auch unerfindlich, was ausser der speciellen Vereinbarung wie beim »pactum displicentiae« den beliebigen Widerruf begründen könnte, wenn die »mortis causa donatio« einfach als gewöhnliche resolutivbedingte Schenkung behandelt werden müsste. Hieraus erhellt also, dass diese Ausdrucksweise Julian's für eine Dar-

[1]) Hierüber s. Lotmar a. a. O. S. 36 und 37; Löwenfeld, zur Lehre von den sogenannten entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften S. 48—50.

[2]) Vgl. L. 2 D. h. t., L. 2 § 5 D. 39, 5, L. 5 § 9 D. 23, 3 und besonders L. 2 § 7 D. 39, 5 mit den Gegensätzen »aliter non daturus — alias quoque donaturus« und »condicio dandae pecuniae — causa donationis«.

[3]) Vgl. das »tertium genus« der L. 2 cit.

[4]) Anders Hasse a. a. O. II. S. 333.

stellung der Lehre von der Schenkung von Todeswegen nicht grundlegend sein kann. Julian hat hier eben, wie schon das an die Spitze gestellte »dat« zeigt (es kann ja auch »promittendo« geschenkt werden), den Vollzug der Schenkung vor Augen. Bei der »propria donatio« trifft er mit der Vollendung des Thatbestandes zusammen, begreift dieselbe in sich und desshalb vielleicht kommt Julian dazu, hier diese Seite der Schenkung zu betrachten. Das »totum hoc« soll vielleicht den gesammten Vorgang im Gegensatze zur schliesslichen Wirkung bezeichnen; ebenso deutet das »factum demonstramus« des § 1 der Stelle darauf hin; das »non contrarium dicimus« wäre, wenn auf die schliessliche Wirkung gesehen würde, wohl nicht so recht am Platze. Es ist demnach das »solvere« und auch das »sub condicione solvere« nicht von der Schenkung selbst, sondern vom Vermögensübertragungsgeschäfte zu verstehen; denn auch hier wird das Wort »solvitur« gebraucht. So spricht z. B. Papinian in L. 52 § 1 D. 24, 1 von »traditio und stipulatio solvitur«.

Weitaus meistens aber wird in den Quellen unter Perfection der »mortis causa donatio« der rechtliche Bestand derselben verstanden, an den sich sodann die Wirkung, der Effect des Beschenktseins, die Vermögensvermehrung knüpft. Diess ist gerade dann immer der Fall, wenn in Bezug auf den Tod des Schenkers von der Perfection der »mortis causa donatio« gesprochen wird. So z. B. in L. 32 D. h. t.: »non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur«; das »videtur« drückt nicht etwa einen Zweifel aus und deutet auch nicht eine lediglich subjective Ansicht an; vgl. z. B. Papinian in L. 42 pr. h. t. »sed denegari non potest, mortis causa donationem factam videri«. In L. 1 C. h t. wird in einer »mortis causa donatio« an zwei Personen dem davon zuerst Sterbenden bezüglich des ihm Geschenkten ein Fideicommiss zu Gunsten des Ueberlebenden auferlegt. Dasselbe hat also zwei Voraussetzungen: die »mortis causa donatio« muss giltig geworden sein und die namhaft gemachte Bedingung, d. h. der Tod des einen Mitbeschenkten, muss eintreten. Darauf bezieht sich auch der Schluss der Stelle: »existente condicione si mortis causa donatio perficiebatur fideicommissi actio competit;« das »perficiebatur« kann sich also nur auf die rechtliche Geltung der Schenkung von Todeswegen beziehen; es wäre diese Hervorhebung aber unnöthig, wenn Errichtung und Perfection der Schenkung zusammenfallen würden. Trotz

späterer Verhängung einer Capitalstrafe über den Schenker bleiben die gewöhnlichen Schenkungen, soferne sie nicht in fraudem legis vorgenommen wurden, bestehen, die »mortis causa donatio« dagegen »removetur« und zwar »ut imperfecta«, was sich im Zusammenhalte mit der Gegenüberstellung der »aliae donationes« doch nur auf die mangelnde Rechtsgiltigkeit beziehen kann.

Nicht unbeträchtliche Bekräftigung erhält unsere Auslegung der letztgenannten Stellen dadurch, dass auch sonst sich Aussprüche in den Quellen vorfinden, welche auf die erst mit dem Tode des Schenkers eintretende Perfection der »mortis causa donatio« hinweisen. Schenkungen von Todeswegen unter Ehegatten gelten desshalb, »quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desinunt« (L. 10 D. 24, 1) i. e. »in tempus mortis«. In L. 20 D. eod. wird der Tod ein die Schenkung von Todeswegen »confirmirendes« Ereigniss genannt und in § 2 Paul. R. S. III, 7 heisst es, dass die »mortis causa donatio morte (sc. donatoris) tantummodo convalescit«; von Convalescenz aber spricht man gewöhnlich dann, wenn die Giltigkeit hinterher eintritt, erst in einen späteren Zeitpunkt als die Errichtung des Geschäftes fällt.

Es ist also gewiss nicht unbegründet, wenn wir behaupten, dass die »mortis causa donatio« eine Schenkung ist, die vom Rechte selbst auf den Tod des Schenkers gestellt ist, so dass sie erst mit diesem ihre Giltigkeit erlangt. Der Tod des Schenkers ist für die Schenkung »condicio juris«, die demnach, wenn auch »expressa«, sobald nur »mortis causa donatio« beabsichtigt ist, nie zur eigentlichen Bedingung wird.[1])

§ 18. Mit dem Tode des Schenkers nun ist der »dies cedens et veniens« der Schenkung gegeben (»dies cessit ac venit«); mehr ist nicht erforderlich, insbesondere nicht Beerbung und Antritt der Erbschaft. S. L. 2 i. f. L. 44 D. h. t., wo wir bei »post mortem« »donatoris« ergänzen.[2])

Diess muss immer als vom Legate trennendes, unterscheidendes Merkmal aufrecht erhalten werden.

---

[1]) S. Enneccerus: Ueber Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermines § 18.

[2]) Ebenso Fitting a. a. O. § 77 und Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft § 26 S. 91; bezüglich der weiteren Erklärung der Stelle jedoch stimmen wir mit diesen beiden Schriftstellern nicht überein

Auch hieher gehört das »praesens praesenti dat« der L. 38 D. h. t., das die unmittelbare Verbindung des Schenkers mit dem Beschenkten andeuten soll; hieher ferner L. 35 § 7 D. h. t., das »avelli und rescindi« der L. 17 eod. im Gegensatze zu dem »inutilia sint«, das »auferri« der L. 3 pr. D. 37, 5 im Vergleiche mit dem »praestari« der Titelrubrik und der meisten Stellen des Titels und schliesslich auch das »retentio« im Vergleiche zu »exactio« in L. 18 § 1 D. 37, 4.

Die »mortis causa donatio« enthält also eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers, nicht aus dessen Nachlasse; sie ist eine Gabe noch aus warmer Hand, bedarf keiner Vermittlung durch den Erben; ihr Gegenstand sondert sich mit dem lezten Hauche des Schenkers von der Erbschaftsmasse und vom Nachlasse überhaupt ab. Weil die Schenkung eben mit dem Augenblicke des Todes schon perfect wird, schrieb Ulpian nach Faber dec. 44 err. 7 in L. 32 D. h. t. »antequam mors insequatur« und nicht »priusquam mors insecuta sit«. S. auch »cum mors insequetur« in L. 11 § 1 D. 24, 1. Desshalb sagt auch Gajus in L. 10 D. 24, 1: »in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt; es ist gewiss nicht unabsichtlich hier das Präsens statt des Perfects gebraucht. S. auch L. 15 D. 40, 1 und L. 76 D. 23, 3 in Verbindung mit L. 107 § 1 D. 30, L. 18. § 1, L. 61 pr. D. 40, 4 und G. III. 100; vergl. auch die Bemerkung von Joseph Averanius interpretationes juris lib. II. c. 16 § 4. Der Lebende stirbt und nicht der Todte; desshalb wird der Moment des Sterbens noch dem Leben zugerechnet.

§ 19. Dadurch aber, dass hier Constituirung und Perfection getrennt sind, und dadurch, dass zum Errichtungsacte demnach, soll der Thatbestand sich vollenden, noch eine andere, zeitlich getrennte Thatsache als erst nachträglich sich erfüllendes wesentliches Erforderniss hinzutreten muss, wird die »mortis causa donatio« zu einem derjenigen Geschäfte, die Ihering (Geist des römischen Rechtes III. 1 § 53 S. 153) pendente Rechtsgeschäfte, Brinz (P. § 377 S. 1638) verzügliche Geschäfte und Köppen (der obligatorische Vertrag unter Abwesenden; Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes Bd. XI. No. II. S. 143), successiv entstehende Rechtsgeschäfte nennt.

Wir haben also, ehe wir nach den weiteren Eigenthüm-

lichkeiten der Schenkung von Todeswegen forschen, nach der Natur und nach dem Wesen eines solchen Thatbestandes uns umzusehen. Und hier scheint uns wieder präjudicirlich die Frage zu sein, was Rechtsgeschäft ist, so dass wir es als nöthig erachten, den Standpunkt, den wir diesbezüglich einnehmen, kurz zu skizziren.

Es bewegen sich ja in neuester Zeit auf diesem Boden die heftigsten Controversen und der Begriff »Rechtsgeschäft« hat mancherlei Deutungen und Befehdungen erfahren. Wir beabsichtigen nicht, in Folgendem einen Ueberblick über den Stand der Streitfrage zu geben oder gar die verschiedenen Meinungen zum Behufe der Kritik Revue passiren zu lassen. Wir beabsichtigen lediglich, um etwaige Missverständnisse zu vermeiden, unsere Ansicht über diesen grundlegenden Punkt einfach vorzutragen.

Das Wort »Rechtsgeschäft« ist erst neueren Datums. Nach Brinz § 312 S. 1389 ist Heise der Erste, der sich desselben systematisch bedient. Doch fand der Ausdruck allgemeine Aufnahme und ging sehr bald in Fleisch und Blut der Jurisprudenz über, so dass weniger über die Berechtigung als vielmehr über die Deutung desselben Streit herrscht. Nur eine vereinzelte Stimme (Schlossmann der Vertrag § 17. bs. S. 129) wünscht den Ausdruck, als verderbliche Folgen nach sich ziehend, abgeschafft.

Dagegen gibt es der Erklärungen über den Begriff »Rechtsgeschäft« die Hülle und Fülle. Die herrschende Meinung ist immer noch die, dass darunter »Willenserklärungen« oder »Privatwillenserklärungen« zu verstehen sind, »zu dem Zwecke vorgenommen« oder »des Inhaltes«, »dass dadurch ein Recht entstehen, untergehen oder eine Veränderung erleiden solle«. Doch war dies nie so ganz unbestritten, und in neuerer Zeit hat zuerst wiederum Brinz § 312 dagegen Front gemacht. Von da an hat sich die Zahl der Bekämpfer dieser Ansicht stets und zwar beträchtlich vermehrt,[1]) ohne dass jedoch auch unter diesen Einstimmigkeit herrscht. Wir können hier einen rechten und linken Flügel unterscheiden, je nach der Bedeutung, welche dabei der inneren Willensbestimmung beigemessen wird.

Nach Brinz heissen die Rechtsgeschäfte so, weil sie Geschäfte des Rechtes sind, Handlungen, die nicht erst vom

[1]) S. z. B. auch die zuletzt hierüber erschienene Schrift von Thon Rechtsnorm und subjectives Recht VII. § 10 S. 351 ff.

Handelnden, sondern schon vom Rechte aus und generell zur Gründung und Aufhebung von Rechten bestimmt werden, weil sie — und zwar wohl eben desshalb — nicht nur in Betreff des »Ob«, des Dürfens und Könnens, sondern auch des »Wie« in den Bereich rechtlicher Bestimmung fallen.

Damit scheinen uns Wesen und Bedeutung des Rechtsgeschäftes richtig gewürdigt zu sein. Jedes Geschäft ist Handlung und bedarf also der Thätigkeit eines Menschen, die wieder nur Product des Willens desselben ist. Wenn nun das Recht einige Handlungen generell zur Gründung und Aufhebung von Rechten bestimmt, so muss es auch Regeln aufstellen, wie diese Handlung im einzelnen Falle vor sich gehen soll, worauf der Wille des handelnden Menschen sich hauptsächlich zu richten hat, und es muss auch andeuten, unter welchen Voraussetzungen eine solche Handlung die betreffende Wirkung hervorzubringen geeignet ist.

Wer nach diesen Anweisungen handelt, bringt das beabsichtigte Rechtsgeschäft zu Stande.

Daraus ergibt sich für uns ferner, dass das Rechtsgeschäft — eine besonders qualificirte Handlung — an und für sich nur eine einfache juristische Thatsache ist, wie z. B. der Tod und insbesondere die Zeit; allerdings ist sie die wichtigste.

§ 20. Mitunter nun kann diese juristische Thatsache mit ihren Voraussetzungen, die sie zum grössten Theile mit den übrigen juristischen Handlungen gemein hat, den gesammten Thatbestand des Rechtsverhältnisses ausfüllen, mitunter sind noch andere Thatsachen hiezu nöthig.

Nach dem Gesetze der »Präsenz« des Thatbestandes ist im Momente der Handlung, der Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht nur das Gegebensein sämmtlicher Voraussetzungen der Handlung selbst, sondern auch die Existenz der sämmtlichen anderen erforderlichen juristischen Thatsachen nöthig; kurz in einem und demselben Zeitpunkte müssen alle den juristischen Thatbestand des zu schaffenden Rechtsverhältnisses bildenden Momente vorliegen.

Wir wollen nun nicht untersuchen, ob dies Princip je in voller Reinheit herrschte. Auf jeden Fall steht fest, dass später vielfach davon abgegangen wurde; es kann die ausdrückliche Willenserklärung dem sonstigen Thatbestande nachfolgen (Ratihabition); es kann aber auch die Vornahme der Handlung,

des Rechtsgeschäftes, dem Eintritte eines anderen zum Thatbestande nöthigen objectiven Momentes vorangehen, so dass erst mit dem Eintritte eben dieses Momentes der Gesammtthatbestand sich vollendet. Beispiele hievon sind: das Testament, die »mortis causa donatio« und die »dotis constitutio«.

Wir folgten hier ziemlich getreu der Darstellung in Ihering's Geist des römischen Rechtes III. 1. § 53 S. 150 und 151; nur eine Abänderung trafen wir, indem wir nicht den Gesammtthatbestand »Rechtsgeschäft« nannten, sondern nur den Theil desselben, der die nach der Vorschrift des Rechtes vor sich gehende Handlung in sich begreift, sei dies nun eine einzelne juristische Thatsache oder eine Mehrheit derselben.

Denn da auch Ihering a. a. O. § 53 S. 125 das Rechtsgeschäft als die Form definirt, in welcher der subjective Wille (innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken) seine rechtschöpferische Thätigkeit entfaltet, so wird er wohl nicht behaupten wollen, dass die Eingehung der Ehe zu der Form gehört, in der die »dos« bestellt wird, oder dass der Tod irgend eine Form menschlicher Willensentfaltung ist; vielmehr bilden sie innerhalb des zum beabsichtigten Rechtsverhältnisse geforderten Gesammtthatbestandes vom Rechtsgeschäfte abgesondert Thatsachen für sich. Das Rechtsgeschäft ist dann — zwar das wichtigste, aber immerhin nur ein Moment des Thatbestandes, füllt denselben nicht aus, vermag nicht für sich allein das Rechtsverhältniss zu erzeugen.

§ 21. Wir möchten demnach, trotzdem auch das Rechtsgeschäft in solch' successiver Weise entstehen kann, eben weil trotz vorgenommenen Rechtsgeschäftes wegen des Mangels eines noch erforderlichen objectiven Momentes der Thatbestand noch nicht zur Vollendung gereift ist, hier nicht von nach und nach existent werdendem Rechtsgeschäfte, sondern von eben solchem Thatbestande sprechen.

Zum Thatbestande gehört jedoch nur das vom Rechte zur Begründung des Rechtsverhältnisses Geforderte, nicht auch der Umstand, von dem die Parteien nach freiem Belieben das Dasein des Rechtsgeschäftes abhängig machen, geschweige denn andere Arten solcher Nebenbestimmungen; diese ersterwähnte Art der Nebenbestimmung ist die »condicio facti«. Allerdings ist diese nicht nur von declaratorischer Bedeutung, sondern

auch, wie dies fast selbstverständlich ist, Coëfficient zu dem, was ohne sie nicht sein kann (Brinz P. § 326 S. 1446); allein sie ist dies eben nur für das concrete Rechtsgeschäft, und nur durch den Willen der Parteien, nicht generell durch den Willen des Rechtes; sie erfordert desshalb eine andere Behandlung und ist von anderer Wirkung, kann dem hier zu Behandelnden nicht beigezählt werden.

Allerdings nennt Ihering a. a. O. § 53 S. 157 auch das factisch bedingte Geschäft ein pendentes Rechtsgeschäft und Brinz P. § 377 S. 1638 führt es als verzügliches Rechtsgeschäft an. Aber eben desshalb sieht sich Ihering S. 160 A. 213 und S. 162 gezwungen, bei derlei Geschäften einmal freie Widerruflichkeit zuzulassen, das andere Mal dieselbe auszuschliessen, weil sich der Wille mit und in dem Momente des Rechtsgeschäftes erschöpfe, ohne diese Verschiedenheit technisch genügend erklären zu können, und ebenso ist Brinz a. a. O. veranlasst, beim factisch bedingten Geschäfte um der blossen Deficienz der Bedingung willen nicht von Nichtigkeit zu sprechen, während dies doch eigentlich der Hauptgrund der Nichtigkeit sein sollte.

Es kann desshalb auch nicht mit dem factisch bedingten Geschäft gegen das Folgende operirt werden, wie wir dies bei ähnlichem Anlasse bei Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Heft I, § 5 S. 52, finden.

§ 22. Doch ist von dem oben bezeichneten Gesetze der Präsenz des Thatbestandes nie in dem Maasse abgewichen worden, dass nunmehr das Nacheinander verschiedener juristischer Thatsachen die Begründung des Rechtsverhältnisses zur Folge haben soll; vielmehr wird immer noch verlangt, dass sie, gleichviel, wann sie vor sich gingen, im Zeitpunkte der Vollendung des Gesammtthatbestandes noch vorliegen, so dass dieser in einem und demselben Momente sich erfüllt, vollständig existirt, das Recht erzeugt und zugleich durch dasselbe abgelöst wird.

Untersuchen wir also, wie darnach das Rechtsgeschäft sich gestaltet und was bezüglich der Voraussetzungen desselben zu bemerken ist.

Thatsachen sind vorübergehend, von Dauer sind nur Zustände, wir werden also nach dieser Richtung hin zu operiren haben.

Verfahren wir in zergliedernder Weise, so ergiebt sich uns

als Resultat, dass ausser dem objectiven Momente, das noch eintreten soll, — denn nur von solchen Thatbeständen, bei denen das objective Moment das zuletzt eintretende ist, wollen wir sprechen —, zur Begründung u. s. w. des Rechtsverhältnisses noch nöthig ist:

1. die rechtliche Fähigkeit der handelnden Person,
2. der Wille,
3. die Handlung, ein vom Rechte verlangtes Thun.

Das Erste ist eine Eigenschaft der Person und beruht auf einem gewissen Zustande. Es hat dies also keine Schwierigkeit; es muss dieser Zustand und mit ihm die durch ihn hervorgerufene Fähigkeit andauern, sei es von Anfang, sei es, wo dies gestattet ist, vom Momente seines späteren Hinzutretens bis zu dem Zeitpunkte, da das Recht mit Vollendung seines Thatbestandes seinen Anfang nimmt. Hiezu gehört z. B. die Rechtsfähigkeit überhaupt und die Fähigkeit, die bezügliche Verfügung zu treffen, insbesondere z. B. die Eigenschaft als Eigenthümer oder auch das Verhältniss einer Person zu einer anderen oder zu einer Sache. Würden diese mangeln, so wäre auch das Hinzutreten des abschliessenden objectiven Momentes wegen der so in den Thatbestand gerissenen Lücke erfolglos. Hierauf ist L. 7 D. 39, 6 und L. 32 § 7, 8 D. 24, 1 zurückzuführen.

Unter »Wille« (Z. 2) im Gegensatze zur Handlung (Z. 3) verstehen wir das innere Wollen; hier ist an und für sich Dauer wohl möglich. Doch bedarf jeder Wille, um zu wirken, eines Heraustretens in die Aussenwelt; und damit kommen wir zur Handlung, die Doppeltes bezwecken kann.

Die Handlung kann die Herbeiführung desjenigen Zustandes bezwecken, auf dessen Grundlage das beabsichtigte Rechtsverhältniss beruht, der also vorhanden sein muss, wenn das Recht überhaupt existent werden soll, z. B. Vornahme eines Vermögenszuwendungsactes zum Zwecke der Vermögensvermehrung. Daraus ist ersichtlich, dass die Vornahme dieser Handlung zur Zeit der Vollendung des Gesammtthatbestandes und damit auch der Begründung des Rechtsverhältnisses nicht verlangt wird; nur der dadurch hervorgerufene Zustand wird erfordert. Also auch hierin ist keine Schwierigkeit zu finden. Es kann bereits dieser Zustand, wie schon aus dem angeführten Beispiele erhellt, ein Rechtsverhältniss sein; aber auch dieses ist dann dem Rechtsverhältnisse gegenüber, das in erster Reihe angestrebt wird,

und zu dessen Verwirklichung es dienen soll, nur von vorbereitender Wirkung.

Vor Allem aber soll mit der Handlung der Wille geäussert werden, zur Mittheilung gelangen; dadurch gelangt der Wille zur äusseren Existenz, der Bedingung jeglicher Wirksamkeit; die »Seele« erhält ihren »Leib«, in dem sie wohnen soll, sei dies nun Wort oder Werk.

Das Centrum des Rechtsgeschäftes und überhaupt des Gesammtthatbestandes ist uns damit gegeben. Desshalb nimmt, wo das Recht nicht mehr verlangt, das beabsichtigte Rechtsverhältniss mit der Willenserklärung seinen Anfang. Wird aber, wie hier vom Rechte, noch das Hinzutreten eines anderen objectiven Momentes erfordert, so ist zwar die Willensäusserung für sich allein nicht Rechtsgrund; sie trägt aber die Möglichkeit in sich, im Falle des Zusammentreffens mit einer anderen Thatsache dies noch zu werden; vorderhand nur die Möglichkeit des beabsichtigten Rechtsverhältnisses begründend, eine Möglichkeit, die jedoch ebensowohl vereitelt, wie verwirklicht werden kann.

Durchaus dasselbe gilt beim wichtigsten Rechtsgeschäfte, beim Vertrage, trotz seiner Zweiseitigkeit. Denn nicht aus dem Wesen des Willens für sich allein und folgeweise auch nicht aus dessen Aeusserung und Annahme kann die bindende Kraft der Verträge abgeleitet werden. Das Recht nur kann dieselbe schaffen; dies verfährt aber nicht philosophisch, jeden Willen für gleicherachtend, sondern berücksichtigt den beabsichtigten und zu erreichenden Zweck, dabei hauptsächlich das Verkehrsmoment,[1]) dem es ja eigentlich dient, ins Auge fassend. Die Art dieser Berücksichtigung nun ist eine mehrfache, entweder begründet ein solcher Vertrag sofort ein Recht oder, wie hier, lediglich die Möglichkeit eines solchen.

Des Näheren begründen z. B. die Willenserklärungen bei der mortis causa donatio die Möglichkeit künftiger Vermögensvermehrung; die Testamentserrichtung begründet die Möglichkeit der Delation der künftigen Erbschaft an den eingesetzten Erben. Aber der Thatbestand ist damit noch nicht vollendet. In ein Rechtsverhältniss zum Vermögen des Erblassers tritt der institutus damit noch nicht; denn das kann kein Recht genannt

---

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechtes III. 1, § 60 S. 316. — Ohne Verkehr — kein Recht und je freier und ausgebildeter der Verkehr — desto ausgebildeter das Recht.

werden, das durch Widerruf des Verfügenden beliebig wieder genommen und in sein Nichts zurückgeführt werden kann, ohne Zuthun des Berechtigten, ja ohne überhaupt nur mit seiner Persönlichkeit als Subject in Berührung gekommen zu sein.

Wenn aber hierin kein Recht erblickt werden kann (auch das Sprachgefühl kann hier als Beweis beigezogen werden, da der institutus zu Lebzeiten des Verfügenden wohl kaum »berechtigt« genannt wird), so kann auch mit der Testamentserrichtung der Thatbestand des Rechtes sich nicht vollendet haben, da ein leerer Zwischenraum hier ebenso unmöglich ist, wie eine Trennung von Ursache und Wirkung.[1])

Wohl aber kann die Testamentserrichtung, eben weil sie die Möglichkeit eines künftigen Rechtes hervorruft, auch eine auf denselben Fall gesetzte entgegenstehende Möglichkeit beseitigen, z. B. die Möglichkeit künftiger Delation aus einem früheren Testamente. Wir brauchen desshalb nicht mit Eisele (Recension über Lotmar's »causa im römischen Recht« in Bd. I. N. F. Heft 1 S. 6 der Münchener kritischen Vierteljahrschrift) den Thatbestand mit der Testamentserrichtung für vollendet zu halten; denn hier wirkt das Testament nicht als »voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit«, sondern als eine Art besonders geeigenschafteten Widerrufes. Es braucht sogar diese nur nebensächliche Wirkung gar nicht beabsichtigt zu sein, während dies doch nach der auch von Eisele vertretenen herrschenden Meinung zum Begriff des Rechtsgeschäftes gehört.

Doch wie wird die Präsenz der Willensäusserung beim Hinzutritt des letzten noch erforderlichen Thatbestandmomentes bewerkstelligt?

Nicht nur dadurch, dass das Recht an die Willensäusserung die Möglichkeit des späteren Rechtserwerbes knüpft, sondern auch noch in einer anderen Weise beschäftigt es sich mit derselben, wodurch eben dieser Schwierigkeit abgeholfen wird. Das Recht hält den einmal geäusserten Willen fest, fixirt ihn und verwandelt die einmalige Thatsache der Willensäusserung so in einen Zustand des äusserlich hervortretenden permanenten Wollens, ohne dass im Nichtwiderrufen des früheren Willens ein permanentes Aeussern des Willens erblickt oder zu einer Fiction, als ob die Willensäusserung erst im letzten Momente

[1]) Ihering § 53 S. 165.

vor sich gegangen sei, gegriffen werden muss. Nur auf solche Weise kann von einem letzten Willen gesprochen werden. Ob die innere Willensbestimmung später keine Aenderung erlitt, ob das, was wir »ultima voluntas« nennen, auch wirklich der letzte innere Wille ist, ist gleichgiltig. Damit ist aber nicht gesagt, dass das Recht nunmehr jede Willensänderung ausschliesst: denn sonst könnte nur von Präsenz des Ausdruckes, nicht auch zugleich des Willens, gesprochen werden. Es soll nur dem Bedürfnisse einer fortwährenden Willensäusserung gesteuert, gleich dem Zustande der inneren Willensbestimmung ein Zustand der Willensäusserung geschaffen werden, der ebenso wie jener wieder beendigt und beseitigt werden kann, aber natürlich entsprechend seiner Entstehung nur durch eine äussere Thatsache, durch welche klar wird, dass der vom Rechte festgehaltene Wille nicht mehr der Wille des Verfügenden ist. Dies ist der Fall, wenn der Verfügende dies ausdrücklich erklärt (Aeusserung einer contraria voluntas) oder wenn er der Willensfähigkeit überhaupt, sei es der rechtlichen oder auch nur der factischen, verlustig wird. Hierher gehört der Tod (wenn er nicht etwa, wie dies z. B. bei der mortis causa donatio der Fall ist, den Thatbestand perficirt), die capitis deminutio maxima, der furor, die Prodigalitätserklärung.

Mitunter aber ist diese Regel vom Rechte gemildert worden, besonders was den »furor« und die diesem gleich behandelte (L. 40 D. 50, 17) Prodigalitätserklärung anlangt. So z. B. sollen sie ein Testament nicht entkräften. Dies ist zweifelsohne auf das prätorische Recht zurückzuführen, das in diesem Betreffe für das Erbrecht viele Neuerungen brachte. In L. 20 § 4 D. 28, 1 und L. 1 § 9 D. 37, 11 wird ausdrücklich die »bonorum possessio« als zuständig erklärt.[1]) Die Begründung des § 1 I. II, 12: »nam neque testamenta recte facta neque aliud ullum negotium recte gestum postea furor interveniens peremit« beweist zu viel und desshalb Nichts, wiederholt eigentlich nur das, was begründet werden soll. Dass man aber den Satz, ein Testament gelte trotz späteren Wahnsinns des Testators, überhaupt begründen zu müssen glaubte, scheint uns von einem richtigen Gefühle eingegeben zu sein. Darf das, was für das Testament gilt, auch auf die »mortis causa donatio« angewendet werden? Die Quellen schweigen über diesen Punkt gänzlich. Von

[1]) S. auch Köppen a. a. O. § 4 S. 222.

der herrschenden Meinung scheint die Frage verneint zu werden. So verlangt z. B. Savigny a. a. O. IV. § 170 not. h, dass der Geber in einem solchen Zustand sterbe, dass er zur Zeit des Todes über sein Vermögen verfügen könne. Wir jedoch möchten die Begünstigung, die dem Testamente zu Theil wurde, auch auf die mortis causa donatio ausdehnen, weil sie gleichen Zweck verfolgt.

Wir haben demnach gesehen, dass alle Requisite des Rechtsgeschäftes von Dauer sein können und damit wäre denn unser Ausgangspunkt wieder genommen.

§ 23. Es erscheint deshalb gewiss nicht ungerechtfertigt, nach einem bezeichnenden Zusatze für derartige Rechtsgeschäfte zu suchen; natürlich muss man dabei stets vor Augen haben, dass diese Rechtsgeschäfte eben nur juristische Thatsachen innerhalb des Gesammtthatbestandes sind und nicht für sich allein das beabsichtigte Rechtsverhältniss begründen.

Wenn wir nun auch für den Gesammtthatbestand die Bezeichnung »successive entstehender« oder »nach und nach sich erfüllender« Thatbestand empfehlen möchten, was natürlich auch für solche Rechtsgeschäfte gilt, die den Thatbestand ausfüllen und nur in successiver Weise errichtet werden können, so möchten wir doch diesen Ausdruck nicht auf die Rechtsgeschäfte als Bestandtheil eines ausgedehnteren Thatbestandes übertragen, da er geeignet wäre, irrige Vorstellungen zu unterstützen.

Wir halten vielmehr hier die Ausdrücke »pendente Rechtsgeschäfte« und »verzügliche Rechtsgeschäfte« für entsprechender, und hier wiederum geben wir dem letzteren den Vorzug, da der erstere Ausdruck allgemeiner gehalten ist, und auch diejenigen Rechtsgeschäfte in sich begreift, deren Existenz noch im Ungewissen liegt. Das uns vorliegende Rechtsgeschäft dagegen unterscheidet sich von dem gewöhnlichen nur dadurch, dass es nicht sofort durch das zu begründende Rechtsverhältniss abgelöst wird, vielmehr von längerer Dauer, oder, sagen wir, von dauerndem Bestande sein muss, weshalb es auch während dieses Bestandes immer noch vernichtet, d. h. unwirksam gemacht werden kann.

Insoferne pflichten wir Karlowa (das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 6) bei, wenn er mit vollendeter Errichtungsthatsache die Existenz des Rechtsgeschäftes annimmt und wegen Ausstehens von Thatsachen, welche die durch das

Rechtsgeschäft beabsichtigten Wirkungen mitbegründen, lediglich den Bestand des Geschäftes verlängert. Es ist dies jedoch nur eine Uebereinstimmung bezüglich der Worte; im Wesen der Sache weichen die beiden Ansichten weit von einander ab, so dass z. B. wir den beliebigen Widerruf als natürliche Folge dieses »dauernden Bestandes des Rechtsgeschäftes« erklären, während Karlowa (S. 6) in der rechtlichen Gebundenheit der Parteien die Existenz des Rechtsgeschäftes erblickt.

Auch Karlowa geht (S. 4) von der Brinz'schen Definition aus, definirt aber dennoch die Rechtsgeschäfte als »auf Hervorbringung einer Rechtswirkung gerichtete Willenserklärungen« und findet den Unterschied dieser von den übrigen juristischen Handlungen darin, dass bei letzteren der Rechtswille unmittelbar an die vollendete Thatsache die betreffende Wirkung knüpft, bei den Rechtsgeschäften dagegen lediglich den Willen der Privaten sanctionirt. Ob Brinz hierin »eine nähere Entwicklung und Durchführung seines Gedankens« erblickt, wissen wir nicht. Uns scheint das Recht nicht zu sanctioniren, sondern vorzuschreiben und Normen festzusetzen, je nach der Art derselben mit Bestimmungen für den Fall der Uebertretung. Durch die Sanctionirung verhilft nach Karlowa das Recht dem Willen des Privaten zu einem rechtlichen Bestande und einer Wirkungskraft, welche die rechtliche Wirkung hervorbringen und die unmittelbare Ursache der letzteren sind (S. 4). Kann nun die Wirkung nicht sofort eintreten, so wird aus dem momentanen Bestande des Rechtsgeschäftes ein dauernder (S. 6).

Unter Bestand, Existenz des Rechtsgeschäftes wird die Gebundenheit der Geschäftssubjecte bezüglich des Eintrittes der beabsichtigten Rechtswirkungen verstanden (S. 6). Wir möchten jedoch diese Gebundenheit der Geschäftssubjecte mehr als eine Wirkung, denn als das Wesen (Definition) der Existenz des Rechtsgeschäftes auffassen. Sodann erscheint uns fraglich, ob ein solches Eingreifen des Rechtes, das die beabsichtigte Wirkung noch nicht mit sich bringt, dagegen eine Gebundenheit des Erklärenden erzeugt, Sanctionirung, »Ratification« (S. 4) eben dieser Willenserklärung genannt werden kann; und auch abgesehen hievon dürfte die Behauptung, dass das Recht den Willen des Privaten bereits sanctionirt, so lange noch für den Eintritt der beabsichtigten Wirkung erforderliche Thatsachen ausstehen (S. 6), doch wohl eines Beweises bedürftig sein.

Ausser der Gebundenheit der Parteien treffen wir nach Karlowa auch noch hie und da eine dingliche Gebundenheit des Geschäftsobjectes an (S. 8) und die Gebundenheit der Parteien ist mitunter eine aufhebbare (S. 7), z. B. beim Testamente. Ist dennoch der sanctionirende Rechtswille stets der gleiche? Dazu, dass die rechtliche Gebundenheit der Parteien mitunter eine aufhebbare ist, kommt noch, dass das Dosbestellungsgeschäft, trotzdem es nach Karlowa vor Eingehung der Ehe noch nicht existent ist (S. 9), Widerruf nicht zulässt. Eine beliebig (durch einen Federstrich oder Zerreissen des Papieres) aufhebbare Gebundenheit ist nun überhaupt keine Gebundenheit, und so ist denn in den Satz, dass die Existenz des Rechtsgeschäftes eine rechtliche Gebundenheit der Parteien ist, nach beiden Seiten hin Bresche geschossen. [1])

§ 24. Nur kurz soll auch berührt werden, dass nach der Lehre einiger Schriftsteller die erfüllte »condicio juris« rückwirken soll. So Fitting Archiv für civilistische Praxis Bd. 39 No. 13 besonders S. 310 ff.; Eisele ebenda Bd. 50 S. 296 bis 310 und Bd. 4 S. 109—130; Scheurl, Nebenbestimmungen § 30 und § 54, der hier Rückziehung, eine besonders energische Art der bei der »condicio facti« vorkommenden Rückwirkung (S. 125), aber im Grunde doch wieder nur eine besondere Rechtsform für die Vermittlung derselben (S. 194) annimmt

[1]) Für uns ist das Rechtsgeschäft als solches sofort existent; nur zur Erfüllung des Gesammtthatbestandes, damit das Tradirte »dos« werde, ist noch die Eingehung der Ehe erforderlich. Die Widerruflichkeit wäre demnach die regelrechte Folge gewesen; doch ist sie wegen der besonderen Begünstigung, deren die dos sich erfreut (die Gründe s. L. 2 D. 23, 3 und L. 1 D. 24, 3), durch speciellen Rechtssatz ausgeschlossen (L. 7 § 3 D. 23, 3. So auch Köppen a. a. O. § 5 S. 248; anders Erxleben a. a. O. II. § 7 S. 130 ff.; Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes Bd. II. Heft 2) § 15 S. 55 und Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäfte § 25 S. 86. Doch ist in den von diesen angeführten L. 8. D. 12, 4 und 7. § 3. D. 23, 3 die Dosbestimmung stets besonders hervorgehoben. In seinem neuesten, in § 21 bereits angeführten Werke »Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften«, Heft I., ist Wendt zum lebhaften Verfechter der auch von uns vertheidigten Ansicht geworden, dass der Ausschluss des Reurechtes bei der »dotis constitutio« nicht die Regel, sondern eine (auch von den Quellen als solche hingestellte) Ausnahme repräsentirt (besonders § 3 S. 39 ff.).

(S. auch theilweise Enneccerus a. a. O. § 18 S. 128). Allein auch Scheurl sieht von der Rückziehung ab, wenn mit der »condicio juris« zugleich eine Rechtsbefristung verbunden ist, und führt als Beispiel die in dieser Beziehung mit unserem Rechtsinstitute verwandte Dosbestellung an (S. 126). Die Anderen befinden sich im Widerspruche mit der gemeinen Meinung und müssen diess selbst anerkennen (s. Brinz P. § 328 S. 1457, Windscheid 4. Auflage P. I § 91 Not. 1 a. E.). Auch unser Resultat spricht gegen diese Ansicht. Eisele S. 308 gibt zu, dass L. 14 § 1 D. 46, 2 gegen ihn ist; sein Entkräftungsversuch, sie in Verbindung mit L. 13 § 9 D. 46, 4 als individuelle Ansicht Ulpian's hinzustellen, darf wohl als misslungen betrachtet werden, da Ulpian in der ersteren Stelle auch eine Entscheidung des Marcellus als Schlussfolgerung des von ihm eben Dargelegten vorführt und da viele der von Eisele selbst für die Rückziehung der »condicio juris« angezogenen Quellenstellen von Ulpian herrühren.

Im Ganzen ist wohl Karlowa a. a. O. S. 12 A. beizustimmen, wenn er als Ursache dieser verschiedenen Meinungen den Umstand anführt, dass unsere Schriftsteller mit dem Ausdrucke »conditio juris« nicht immer denselben Begriff verbinden. So legt z. B. Eisele unserer Ansicht nach der Herrschaft des Willens im Rechte eine zu grosse Bedeutung bei, wenn bei ihm (S. 278—281) der Eintritt der »condicio juris« eine Bestärkung des Willens durch die Rechtsregel ist und zeigen soll, dass der Wille ungeschwächt war. Für uns ist die »condicio juris« ein für das Zustandekommen des concreten Rechtsgeschäftes ebenso wesentliches Erforderniss als der Wille: beide sind unabhängig von einander; demgemäss ist auch eine Wirkung des Gesammtthatbestandes, die über ein wesentliches Erforderniss desselben hinausgreift, für uns undenkbar.

§ 25. Bei Darlegung unserer Ansicht konnten wir auf die Quellen nur wenig Bezug nehmen; dieselben bieten auch, da die Römer, wie sie überhaupt wenig systematisirten, den Begriff »Rechtsgeschäft« nicht kannten, für die Begründung wenig Stoff: doch stimmen unsere hie und da angedeuteten Resultate mit den Erscheinungen in den Quellen überein. Ob und in wieferne unsere Ansicht sich bei der »mortis causa donatio« als richtig bewährt, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Dass die Schenkung von Todeswegen in Nichts zerrinnt, wenn der Schenker nicht bis zu seinem Tode die Rechtsfähigkeit beibehalten hat, zeigt L. 7 D. h. t. (ähnlich L. 32 § 8 D. 24, 1), wonach »donatio removetur si (donator) poena capitis fuerit affectus«; die »poena capitis« bringt eben Verlust der Rechtsfähigkeit mit sich.

Auch die »contraria voluntas« bewirkt Vereitelung der Schenkung; die Wirkung des nach Belieben zugelassenen Widerrufes erstreckt sich natürlich, wie im nächsten Capitel ausführlich zu entwickeln ist, auch auf das die Schenkung bewirkende Rechtsgeschäft. L. 30 D. 39, 6 setzt diess breviloquenter Weise, wie wir es in den Quellen öfters vorfinden, für die Schenkung selbst, hier vielleicht hauptsächlich desshalb, weil bei bereits stattgefundener Eigenthumsübertragung die Reue am praktischsten und häufigsten durch Rückforderung des Hingegebenen sich manifestirt.

Anders jedoch und richtiger, auf die »mortis causa donatio« als solche sich beziehend, L. 16 eod., pr. Nov. 87, § 1 I. II. 7, § 2 Paul. R. S. III. 7, L. 13 § 1 D. 24, 1 und L. 15 i. f. D. 40. 1.

Die vorausgegangene Acceptation steht dem nicht im Wege, ohne dass wir mit Zimmern S. 237 lediglich von Vertragsform zu sprechen haben und ohne dass wir mit Ruhwandl a. a. O. § 7 S. 120 diese Zweiseitigkeit mit der auch bei gegenseitigen Testamenten vorkommenden Zweipersönlichkeit auf eine Linie stellen. Denn die vorausgegangene Vereinbarung erzeugt keine Willensgebundenheit des Schenkers und soll eine solche auch nach der Intention der Parteien nicht erzeugen. Der Schenker will nicht sogleich schenken; desshalb kann aber auch der Beschenkte nur die Annahme der Schenkung für den Fall der Erlangung des Rechtsbestandes Seitens derselben erklären, nicht aber dadurch den Schenker binden. Eine solche Kraft, den Erklärenden an jeglicher Abänderung zu verhindern, hat der erklärte Wille nur dann, wenn er mit Vollendung des vom Rechte erforderten Gesammtthatbestandes das beabsichtigte Recht und Rechtsverhältniss begründet hat. Mitunter genügt hiezu die Willenserklärung allein; mitunter ist die übereinstimmende Willenserklärung eines Zweiten hiezu erforderlich; mitunter genügt auch diese nicht.

Letzteres ist hier der Fall, ebenso z. B. bei der Eigenthumsübertragung, wo ausser der Willenseinigung auch Tradition hinzutreten muss (s. auch L. 6 D. 39, 5); anders verhält es sich z. B. mit der Schenkung unter Lebenden.

Die Willensänderung muss natürlich irgend wie äusserlich zu Tage treten; der nicht geäusserte Wille vermag weder Rechte zu schaffen, noch zu nehmen. Da dem Beschenkten Mittheilung über den Schenkungswillen zugeht, so wird hier die Reue sich nicht in einfacher Ademtion wie beim Legate, sondern gewöhnlich in Denuntiation an den Beschenkten äussern, die jedoch formlos vor sich gehen kann[1]) und nicht durchaus nothwendig ist. Desshalb werden wir analog L. 32 § 4 D. 24, 1 auch den Erben das Recht der Rückforderung einräumen müssen, wenn sie nur beweisen können, dass der Schenker in irgend einer Weise erklärt habe, die Schenkung reue ihn. Das »ipse« der L. 30 D. 39, 6 darf uns hievon nach dem, was wir oben sagten, nicht abhalten. Wir haben desshalb keine solche Scheidung zu treffen, je nachdem Reurecht ausbedungen ist oder nicht, wie z. B. Meyerfeld a. a. O. I. S. 406 ff.; auch in den Quellen fanden wir keinen Anhaltspunkt für eine solche Meinung.[2])

Auch wiederholte Willensänderungen sind möglich[3]), doch kann, wenn der Schenker bereits einmal widerrufen hat, eine spätere Willensänderung nur dann einen Einfluss ausüben, wenn die Rechtswirkungen des Vermögenszuwendungs-Actes nicht zuvor rückgängig gemacht worden waren, da dieselben zur Wirkung der »mortis causa donatio« nothwendig sind, durch einfache Willenserklärung aber nicht ergänzt werden können.

Der Widerruf kann auch auf indirecte Weise vor sich gehen. Diess wird zwar bei der Lehre von der »mortis causa donatio« weniger behandelt; doch ausführlich bei der diessbezüglich verwandten Schenkung unter Ehegatten und beim Legate. Hierher sind zu rechnen: Veräusserung des Schenkungs-Gegenstandes an einen Anderen, auch Verpfändung desselben, Manumission bei Schenkung eines Sklaven.[4]) Desshalb wird der Widerruf wohl auch hier im Falle heftiger nicht versöhnter

[1]) Savigny IV. § 170 S. 244; Voigt, die condictiones ob causam § 79 S. 743.

[2]) Ueber L. 30 cit. s. auch Schilling a. a. O. III. § 353 not. l.

[3]) Vgl. L. 32 § 3 D. 24, 1.

[4]) Vgl. L. 15, 18, 24 § 1 D. 34, 3 L. 32 § 5 L. 22 D. 24, 1.

Verfeindung des Schenkers mit dem Beschenkten vermuthet werden; bei Schenkungen »mortis causa« unter Ehegatten wird im Falle der Scheidung der Widerruf vermuthet (L. 11 § 10 D. 24, 1).

Doch kann der Schenker durch eine besondere Verabredung auf sein Reurecht verzichten und dadurch sofort durch seine Erklärung sich binden; wie das bei anderen ähnlichen Geschäften, z. B. bei der »dotis constitutio« eines speciellen »favor« halber, wie wir bereits zeigten, von Rechtswegen der Fall ist. Der Schenker will einen entgegengesetzten rechtlich in Betracht kommenden Willen nicht mehr haben; er erschöpft seinen Geschäftswillen in der ersten Erklärung und hat daher über denselben keine Macht mehr; es galt diess nicht von Anfang an, sondern gelangte erst später zur allgemeinen Anerkennung. Hauptsächlich Julian scheint den Verzicht auf das Reurecht für zulässig erklärt zu haben. Justinian beruft sich in pr. Nov. 87 auf ihn und in den Digesten begegnen wir dem in L. 13 § 1 und L. 35 § 4 D. h. t., die gleichlautende Notate des Marcellus und Paulus zu Julians Digesten enthalten. Im justianischen Rechte ist also das Reurecht nur ein naturale, kein essentiale negotii. Dass diess in der früheren Literatur nicht allgemein anerkannt war, werden wir noch weiter unten sehen. Die Frage nach der Perfection des Geschäftes und der Natur desselben (c. 1. Nov. 87 in med.) erleidet im Falle einer solchen Vereinbarung keine Aenderung; nur eine Folge dieser natürlichen Anlage wird aufgehoben. Was Hartmann, die Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten S. 2 ff unter Widerspruch der Mehrheit der Juristen vom Erbvertrage behauptet, kann in ähnlicher Weise mit besserem Rechte hier angewandt werden, da nicht einseitige Poinrung und zweiseitig geregelter Verzicht in Verbindung gebracht werden.

Wir haben hier

1) mortis causa donatio,
2) vertragsmässigen Verzicht auf Widerruf derselben, »pactum de non revocando«, oder nach einer Bezeichnung in pr. Nov. 87 »pactum ad auferendum poenitendi potestatem.«

Einseitiger Verzicht jedoch ist wirkungslos, daher z. B. so beim Legate L. 22 pr. D. 32.

Aber trotz Verzichtes ist Widerruf »propter ingratitudinem« zulässig.[1]) Dieser Widerruf ist nicht ins Belieben des Schenkers

[1]) S. auch Bolley, a. a. O. § 7 No. XI. S. 69; Savigny IV. § 174 S. 278; Puchta, Institutionen II. § 206 S. 54; Heimbach a. a. O. S. 722.

gestellt, sondern erfordert undankbares Benehmen des Beschenkten als Voraussetzung; ferner ist auch die Quelle der beiderlei Revocationen eine verschiedene, so dass sie getrennt von einander zu halten sind. Widerruf propter ingratitudinem ist auch bei perfecter Schenkung möglich, nicht aber unser beliebiger Widerruf. Ebenso war früher, trotz Verzichtes auf Widerruf, möglich der Widerruf ex lege Cincia, da dies Gesetz damit durchaus illusorisch gemacht worden wäre.

Doch muss wiederholt bemerkt werden, dass das Reurecht im Zweifel und ohne besondere Ausmachung zu Recht besteht. L. 13 § 1 und die ihr gleichlautende L. 35 § 4 D. h. t. mit der in ihrer detaillirt casuistischen Aufzählung namhaft gemachten Klausel, »si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit« haben uns hiebei im Vergleiche zu den deutlichen Aussprüchen der Ll. 16 und 30 eodem nicht zu beunruhigen. Dass das vertragsmässige Reurecht, ein accidentale negotii, in einem ganz anderen Verhältnisse zum Rechtsgeschäfte, sowie auch zum Rechtserwerbe steht, und desshalb sehr wohl vom Reurechte als naturale negotii zu trennen ist, bedarf hier nur der Erwähnung, nicht weiterer Ausführung.

Der Erbe tritt nur in bereits begründete Rechtsverhältnisse des Erblassers: ein solches ist aber vor dem Tode des Schenkers noch nicht vorhanden; vielmehr ist die Schenkung bis dahin erst in der Entstehung begriffen. Stirbt also der Beschenkte vor dem Schenker, so wird die Schenkung von Todeswegen vereitelt, was wir auch von den Quellen constatirt finden.[1])

Wir leiten dies also nicht mit Zimmern a. a. O. S. 235 und Schröter a. a. O. S. 108 daraus ab, dass es römischer Grundsatz sei, dass jedes bis zum Tode widerrufliche Geschäft mit dem früheren Tode des anderen Theiles von selbst widerrufen ist. Denn so ausgesprochen ist dieser Grundsatz denn doch etwas problematisch. Zudem führt dies zu einer Verkennung der innersten Natur der »mortis causa donatio«. Fällt denn etwa mit dem Verzicht auf das Reurecht zugleich der Vereitelungsgrund des Vorversterbens des Beschenkten weg?

Genauer gesprochen ist bei der »mortis causa donatio« Nichtüberleben des Beschenkten, sondern Nichtüberleben des Schenkers erforderlich. (L. 26. D. h. t.) Der Grund liegt darin, dass mit dem letzten Hauche des Schenkers (s. § 18) die Schenkung perfect wird. Wie wir in Folge dessen keine Gabe

[1]) § 1 I. II, 7, L. 13 § 1, L. 29, L. 35 § 4 und L. 23 D. h. t.

aus dem Nachlasse, aus dem Erbschafts-Vermögen vor uns haben, sondern aus dem Vermögen des Sterbenden, dessen Vermögen dadurch, schon ehe es zum Nachlasse wird, sich mindert, so wird bei Commorienz das Recht auf der kurzen Scheide zwischen Leben und Tod erworben und kann demnach vererbt werden.

Der Reue und dem Vorversterben des Beschenkten schliesst sich als 3. Fall der Vereitlung der »mortis causa donatio«, lediglich für die durch Befürchtung einer Todesgefahr veranlasste Schenkung von Todeswegen passend, die glückliche Beseitigung der Gefahr an. Die Quellen greifen hier wiederum den am häufigsten vorkommenden Fall heraus und sprechen desshalb in diesem Sinne von Convalescenz des Schenkers.[1])

Auch dies ergibt sich von selbst; denn hier sollte die Schenkung mit dem Tode in Folge der, sei es ausdrücklich, sei es auf andere Weise, bezeichneten Gefahr ihre Rechtsgiltigkeit erlangen, woran sie eben gehindert wird, wenn der Schenker diese Gefahr besteht.

§ 26. Auch Erxleben a. a. O. II. § 9 S. 158 ff. erklärt das Reurecht u. s. w. daraus, dass die Vollendung der »mortis causa donatio« vom Tode des Schenkers abhängt und zieht zugleich das »malle se habere quam cum cui donat« herbei. Es werden dadurch alle Vereitelungsgründe auf die Natur der »mortis causa donatio« selbst zurückgeführt, was unseres Erachtens das Einfachste und der Oekonomie des Rechtes Entsprechendste ist. Andere lassen hiebei die Schenkung von Todeswegen an bekanntere Rechtsinstitute, mitunter an mehrere verschiedenartige sich anlehnen oder gehen wenigstens bei ihrer Erklärung nicht auf den äussersten Grund zurück.

Witte z. B. (Bereicherungsklagen Seite 46 und 59) wendet einfach die Regeln der letztwilligen Zuwendungen an; denn die »mortis causa donatio« ist ihm eine bereits unter Lebenden effectuirte letztwillige Zuwendung. Bleibt sie dies auch noch beim Verzicht auf das Reurecht?

Dieser wird leicht erklärt, wenn man das Reurecht, wie dies hauptsächlich von Savigny a. a. O. IV. § 170 not. e und Puchta P. § 72 not. c, geschieht, auf einen zu vermuthenden

---

[1]) § 1 I. II, 7; L. 8 § 1, L. 13 pr. § 1, L. 18 § 1, L. 19, L. 24, L. 31 § 3, L. 35 § 3, 4, 6, L. 37 § 1, L. 39 D. h. t.

stillschweigenden Vorbehalt zurückführt. Warum aber wird ein solcher Vorbehalt vermuthet?

Nach Liebe, Stipulation § 32 S. 392, ist das Reurecht das Ueberbleibsel der unterlegenen Ansicht der Proculejaner, wonach die »mortis causa donatio« eine anvertraute Zuwendung war, während die Cassianer, von der »donatio ob causam« ausgehend, stricte das Reurecht ausschliessen mussten.

Donellus commentarii de jure civili lib. 14 c. 33 § 5—8 erklärt die Vereitelung wegen vorherigen Todes des Schenkers durch die Legatsnatur der »mortis causa donatio«; bezüglich des beliebigen Widerrufes dagegen und der Beseitigung der Gefahr operirt er mit der »datio ob causam«. Ihm folgt Hofacker elementa juris civilis Romanorum § 251, II, und was das Reurecht anlangt, auch Wendt Reurecht § 5 S. 56: „die »causa futura« lediglich ist es, welche bis zu ihrer Verwirklichung die »condictio sine causa« zulässt.“ Auf die Hereinziehung der »datio ob causam« und der »causa futura« werden wir weiter unten zu sprechen kommen, da uns dies noch mehrfach begegnen wird. Gegen Donellus sei hier nur bemerkt, dass uns keine einzige Aeusserung der Quellen dazu berechtigt, in der »mortis causa donatio« ein derartig unregelmässiges Rechtsinstitut zu erblicken, dass es seine »ErlöschungsGründe« zwei sich so fremd gegenüber stehenden Rechtseinrichtungen entnimmt. Aus dem Streite der klassischen Juristen über die Natur der Schenkung von Todeswegen, der Donellus die Veranlassung zu seiner Ansicht gegeben zu haben scheint, lässt sich dies gewiss nicht ersehen.

Aber auch so unterscheiden wir nicht, dass wir, zwar innerhalb des Geschäftsrahmens verbleibend, die einzelnen Vereitelungsgründe auf verschiedene Titel und Quellen zurückführen, z. B. auf Gesetz und Vertrag. So Fitting über den Begriff der Rückziehung § 75 S. 110 A. 157; Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes, Bd. I, S. 125, Bd. X, S. 575, und E. A. Seuffert zu J. A. Seuffert's Pandektenrecht III § 649 N 4. Darnach gilt das beliebige Widerrufsrecht als gesetzlich; die beiden übrigen »auflösenden Umstände« sind vertragsmässig. Allein es kann auch das Reurecht ausdrücklich vereinbart werden, während des einen oder anderen der beiden übrigen Umstände nicht in besonderer Vereinbarung gedacht wird. Desshalb erfährt denn auch das »vertragsgemässe« eine gewisse Ausdehnung. Fitting spricht diesbezüglich von Widerrufsgründen, die ausdrücklich

gesetzt oder als ausdrücklich gesetzt zu behandeln sind, Seuffert von vertragsmässigen oder als solchen anzusehenden, Ihering allgemein von Widerrufsgründen, die auf eine Beredung der Parteien zurückzuführen sind.

Alle Vereitelungsgründe wirken unserer Ansicht nach auf gleiche Weise; die Perfection wird vereitelt und das bisher zu Stande Gekommene vernichtet. Just. Henning Böhmer, introductio in jus Digestorum § 8 und 9 ad T. 39, 6, scheint einen Unterschied zu machen zwischen Revocation und Nichtigkeit oder Vernichtung. Grund der ersteren ist die »contraria voluntas« und das Ueberstehen der Gefahr; die letztere wird durch den früheren Tod des Beschenkten herbeigeführt.

§ 27. Wohl aber ist nach dieser Richtung hin bezüglich der Wesentlichkeit der Vereitelungsgründe ein Unterschied zu finden. Während die Beseitigung der Gefahr der Natur der Sache nach nicht nothwendiger Weise Hinfälligkeit der Schenkung von Todeswegen bewirken muss, während auf das Recht des beliebigen Widerrufes nach § 25 vom Schenker wirksam verzichtet werden kann, widerspricht die Clausel, dass die Schenkung trotz Vorversterbens des Beschenkten aufrecht erhalten bleiben solle, der Natur der »mortis causa donatio«. Dies ist so wesentlich, dass es von Manchen[1]) in die Definition der Schenkung von Todeswegen mit aufgenommen, von Anderen[2]) wenigstens als deren charakteristische Eigenthümlichkeit hingestellt wird.

Zur Zeit der Glossatoren war dies auch als Wahrheit anerkannt.[3]) Dann kam man mehr und mehr davon ab.[4]) Nunmehr geht aber wieder die herrschende Meinung dahin.[5]) Und mit Recht; denn abgesehen von allem Anderen: Wenn

---

[1]) Savigny a. a. O. IV. § 170 not. h; Puchta P. § 72 not. b; Seuffert P. III. § 647; Arndts P. § 589.

[2]) Windscheid P. II. § 369.

[3]) Azo Summa in C. 8,57 nr. 6.

[4]) Andreas Alciatus in L. 19 D. 12. 1. Nr. 8; Ludwig Molina de justitia et jure Tom. II. Tract. II. disp. 287 Nr. 15; Augustin Leyser meditationes ad Pandectas ad T. 2. 14. specimen 39. Nr. 8; Andere siehe weiter unten.

[5]) Hasse a. a O. II S. 338; Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht § 543. I. A; Puchta P. § 72; Vangerow P. II. § 561; Savigny a. a. O. § 170. S. 244; Seuffert P. III. § 647. not. 2. c; Böcking Institutionen § 109; Windscheid P. II. § 369.

der rechtserzeugende Thatbestand beim Tode des Erblassers noch eines wesentlichen Erfordernisses entbehrt, so ist die Vererbung des Rechtes hieraus ein Ding der Unmöglichkeit. Es befindet sich diese Meinung auch in völliger Uebereinstimmung mit den Quellen. In L. 42 pr. D. 39, 6 wird eine Schenkung mit dem einzigen Widerrufsgrunde des Vorversterbens des Beschenkten von Papinian als »mortis causa donatio« charakterisirt; in L. 27 eod. wird jede unwiderrufliche Schenkung, mag auch Tod und Todesgefahr hereinspielen, als Schenkung unter Lebenden erklärt. L. 13 § 1 und L. 35 § 4 eodem erregen mit ihrem letzten Falle dagegen Bedenken. Wir deuten vor Allem darauf hin, dass diese Antinomie nur eine scheinbare sein kann, da sonst Paulus in § 4 cit. mit einer früheren klaren Aeusserung in § 2 derselben Lex in Widerspruch gerathen würde, was wohl nicht so leichthin angenommen werden darf.

Im Folgenden berücksichtigen wir unter den beiden Parallelstellen lediglich die erstere; denn L. 35 § 4 cit. wiederholt dieselbe lediglich, wie die ganze Darstellung, besonders die Anknüpfung an das Vorausgegangene, zeigt.[1])

Schirach S. 303 und 315 geht über diese Disharmonie der Quellen gänzlich hinweg und lässt Unwiderruflichkeit der »mortis causa donatio« in jeder Beziehung zu, wie wenn L. 13 § 1 und L. 27 nicht einmal in scheinbarem Widerspruche zu einander sich befänden.

Einige geben L. 13 § 1 den Vorzug vor L. 27; so Anton Faber dec. 45 err. 1, der, auf das »perinde ac si« der letzteren sich stützend, glaubt, dass Marcian nur aussprechen wolle, eine solche »mortis causa donatio« sei in Vielem einer Schenkung unter Lebenden ähnlich. Barbosa a. a. O. Nr. 121 als Hauptvertreter einer anderen, jedoch derselben Richtung angehörigen Ansicht meint, dass ein »pactum de non revocando« überhaupt belanglos sei, sobald der Charakter der »mortis causa donatio« feststeht. Dies scheint uns Beides gegen den Wortlaut der L. 27 cit. und hauptsächlich gegen den Schlusspassus zu verstossen.

Andere jedoch glauben, dass L. 27 überwiege, und zwar ist hier wiederum eine ziemliche Zerfahrenheit der Ansichten

[1]) Gute Referate über die Ansichten der früheren Juristen finden sich bei Balthasar Branchu observationes ad jus Romanum Bd. I. c. IV. S. 28–33 und Erhard de donatione mortis causa per clausulam annexam irrevocabili.

bemerkbar. Einige meinen, dass wir nur den Namen der »mortis causa donatio«, dagegen das Wesen der »donatio inter vivos« vor uns haben.[1]) Abgesehen davon, dass wir dann eine »mortis causa donatio« haben, die eigentlich keine »mortis causa donatio«, sondern eine »donatio inter vivos« ist, würde auch die Frage nach dem Werthe des Ausspruches in L. 13 § 1 cit. eine wohl aufzuwerfende sein. Andere wiederum wollen bei Ausschluss jeglicher Revocation dennoch der »mortis causa donatio« die Form überlassen, weil L. 27 nur vom Effecte, von der Wirkung spreche und jenen anderen Stellen gegenüber in dieser Weise zu beschränken zu sein scheint.[2]) Doch lassen unseres Erachtens die Worte: »causa donandi est quam mortis causa donatio« eine solche Spaltung nicht zu.

Eine früher sehr verbreitete Ansicht ferner war die, dass das Geschäft »mortis causa donatio« bleibt, wenn die völlige Unwiderruflichkeit als »clausula executiva« beigefügt worden war (L. 13 § 1), während eine Schenkung unter Lebenden anzunehmen sei, wenn »in principali dispositione« jegliche Revocation ausgeschlossen wurde (L. 27).[3]) Da aber die Schenkung von Todeswegen ihrer »principalis dispositio« nach vom Nichtüberleben des Schenkers abhängt, so hätten wir dann — abgesehen davon, wie dies vor sich zu gehen hat — eine ihr widersprechende »clausula executiva« beigefügt. Dies kann demnach nicht aufrecht erhalten werden.

Später kam man dazu, zwischen den einzelnen Vereitelungsgründen zu unterscheiden, die L. 27 vom Ausschlusse sämmtlicher derselben zu verstehen, in L. 13 § 1 jedoch einen für das Wesen der »mortis causa donatio« essentiellen Vereitelungsgrund als ausgenommen anzusehen.

Es ist dies zweifelsohne der richtige Weg, doch täuschte man sich Anfangs in Bezug auf diesen Vereitelungsgrund, indem man fast allgemein den der Reue für den wichtigsten und

---

[1]) So Lauterbach coll. theor. pract. § 27 ad T. 39, 6. und Pothier Pandectae Justinianeae art. I. Nr. 8 ad T. 39, 6.

[2]) Dieser Ansicht sind: Paulus de Castro in L. 13 § 1 cit.; Rolandinus Passagerius a. a. O. pars III. Nr. 10; Cujacius recitationes sollemnes ad § 1. I. II. 7; Giphanius lecturae Altorphinae Nr. 2 in L. 27. cit.; Ulrich Huber praelectiones Nr. 3. T. 39, 6 und Berger oeconomia juris lib. II. tit. II. Nr. 21.

[3]) So die Glosse und Bartolus ad L. 27 und Andreas Alciatus Nr. 12 ad L. 19 D. 12, 1.

bezeichnendsten hielt.[1]) Hierauf haben wir weiter oben verwiesen. Nov. 87 ist das glänzendste Zeugniss gegen diese Meinung. Hervorgegangen ist dieselbe aus der falschen Ansicht einiger früherer Praktiker, dass mit den Worten der L. 27 »ut nullo casu revocetur« das Reurecht allein ausgeschlossen sei, wofür sich jedoch Anhaltspunkte nicht ergeben. Hierin ging man sogar soweit, dass man trotz offenbarer Quellenaussprüche bei sofortiger Eigenthumsübertragung Ausschluss des Reurechtes annahm und eine solche Schenkung »haud vera mortis causa donatio« nannte.[2])

Ausserdem sind noch andere Meinungen zu verzeichnen, die jedoch meistens nur von Einzelnen aufgestellt wurden, ohne weiteren Anklang zu finden. So erblickt z. B. Balthasar Branchu, »observationes ad jus Romanum Bd. I c. IV S. 28—31, hierin einen Streit der Secten, von denen die eine wie beim Legate Verzicht auf Widerruf ausschloss, während die andere, sie mehr wie eine Schenkung unter Lebenden betrachtend, denselben zuliess. Justinian soll beide Ansichten stehen gelassen, nach Nov. 87 sich aber mehr der letzteren angeschlossen haben. Warum aber soll, wenn ein solcher Streit herrschte, Justinian denselben nicht in der zur Schlichtung dieser Streitigkeiten bestimmten L. 4 C. 8, 56 (57) beglichen haben? Dazu kommt, dass die Regelung dieser Streitfrage um so befremdender ist, als Justinian hier im Gegensatze zu seiner sonstigen Entscheidung die der Legatstheorie entgegengesetzte Ansicht begünstigt haben soll.

Erhard »de donatione mortis causa per clausulam annexam irrevocabili thes. 23« glaubt, dass in L. 27 die Rede sei vom Widerrufe der Schenkung überhaupt (revocatio donationis), von

---

[1]) So hauptsächlich Vinnius selectae juris quaestiones lib. II. c. 34; Daniel Faber a. a. O § 18; Schulting notae ad Digesta ed. Spangenberg ad L. 13 § 1; Mackeldey a. a. O. § 541. not. a und Schweppe a. a. O. III. § 499; hiezu gehört auch Averanius interpretationes juris V, 1 Nr. 10, der das »nullo casu« der L. 13 § 1 erklärt mit »neutro casu enumerato«.

[2]) Siehe z. B. Püttmann Miscellanea c. 16. S. 82. und Engelmann Der Rückfall des Eigenthums im römischen Rechte, der hierauf die letzte »quaestio« der L. 35 § 4 D. h. t. (§ 8 S. 74 A. 1.) und die L. 27 eod. (A. 2) bezieht und Savigny den Vorwurf macht, er stelle mit der Behauptung, dass der sofortige Eigenthumsübergang, weil das Natürlichere und Einfachere, auch das Häufigere sei, das richtige Verhältniss dieser beiden Arten der mortis causa donatio geradezu auf den Kopf.

Vereinbarung bei Constituirung der Schenkung; in L. 13 § 1 dagegen von der Zurückforderung der hingegebenen Sache (repetitio rei), von Vereinbarung erst bei der Sachübergabe, so dass bis dahin Platz für den Widerruf übrig bleibe. Eine solche Zerreissung der »mortis causa donatio«, eine solche Loslösung des zum Thatbestande gehörigen Vermögenszuwendungsactes vom gesammten Rechtsgeschäfte ist unzulässig.

Bauer a. a. O. S. 285 bezieht das »nullo casu repetatur« lediglich auf den Fall des Reurechtes, weil nur hier von Rückforderung der Sache gesprochen werden kann, während bei den anderen Widerrufsgründen die Schenkung von selbst zusammenfällt. Diese Erklärung befindet sich nicht nur im Widerspruche mit den vorausgehenden »quaestiones facti«, sondern ist auch in sich selbst unbegründet; auf die »repetitio rei«, wenn einmal Eigenthum übertragen wurde, wirkt der Widerruf aus Reue nicht anders ein, als die Beseitigung der Gefahr und der frühere Tod des Beschenkten.

Auf richtige Weise erstreben die Lösung dieser scheinbaren Antinomie: Müller, Hasse, Erxleben, denen fast sämmtliche Verfasser der modernen Compendien folgen.[1])

Hasse a. a. O. II. S. 378 versteht die letzte »quaestio facti« der L. 13 § 1 davon, dass das Ueberleben des Schenkers als Revocationsgrund aufrecht erhalten ist, ohne dies jedoch näher zu begründen.

Erxleben a. a. O. II. § 9 A. 14 gibt zwei Möglichkeiten; es kann L. 13 § 1 i. f. so zu verstehen sein, als sei der Rückfall des Geschenkten bei früherem Tode des Beschenkten dennoch vorbehalten; hierin stimmt er also mit Hasse überein; oder es kann vielleicht in L. 13 § 1 nur darauf angekommen sein, die factisch mögliche Gestalt einer durch den Tod veranlassten Schenkung zu erörtern; dies geht zu weit, da nicht jede durch den Tod veranlasste Schenkung eine »mortis causa donatio« ist.

Eingehender beschäftigt sich Müller a. a. O. § 36 bes. S. 111 mit dieser Frage. Er constatirt 4 »quaestiones facti«. Es kann

1) der beliebige Widerruf ausgeschlossen werden, so dass immer noch bei Vorversterben des Beschenkten und Convalescenz des Schenkers die Schenkung vereitelt wird; es kann

---

[1]) Vgl hiezu auch Savigny a. a. O. IV. § 170 not. f.

2) ausgemacht sein, dass alle drei Widerrufsgründe gelten sollen; es kann
3) wiederum die Reue ausgeschlossen sein, bei Verbleib lediglich des Vorversterbens des Beschenkten als einer den Zerfall der Schenkung bewirkenden Thatsache;
4) den Schluss bildet der Ausschluss der Widerrufsgründe wegen Reue und Convalescenz, so dass auch hier immer noch durch früheren Tod des Beschenkten die Schenkung vernichtet wird.

Im Ganzen stimmen wir dem bei;[1]) nur ist dabei die wenigstens auf den ersten Anblick ziemlich systemlose Nebeneinanderstellung der verschiedenen »quaestiones facti« dringender zu betonen, als dies von Müller gethan wurde, da sonst unerklärlich bleiben würde, warum die Fälle 1 und 3, die lediglich das Reurecht ausschliessen wollen, allerdings für die verschiedenen Arten der »mortis causa donatio«, nicht als zusammengehörig behandelt wurden. Auf Systematik ist denn auch bereits durch die einleitenden Worte Verzicht geleistet. Auch alles Weitere weist darauf hin.

Die zweite Position erwähnt im Gegensatz zur ersten des Reurechtes als ausdrücklich vereinbart, während dies im Gegentheile, wie wir bereits gesehen haben, ausdrücklich ausgeschlossen werden muss, wenn es nicht Platz greifen soll. Durch das »omni modo« der ersten Position soll wohl nur das Reurecht beseitigt werden, nicht noch irgend ein anderer Widerrufsgrund, da sonst für weitere Fälle kein Raum mehr bliebe. Der vierte Fall, die höchste Steigerung des Ganzen, schliesst Widerruf auch im Genesungsfalle des Schenkers aus, wie dies das angefügte »id est« uns zeigt; der dritte Fall aber constatirt lediglich den früheren Tod des Beschenkten als Vereitelungsgrund, wobei das »non aliter« mit der Steigerung des vierten Falles schlecht übereinstimmt, so dass diesem als Erläuterung eher hätte beigefügt werden dürfen: »nec si prior ille qui acceperit decesserit«. Es wird demnach die Behauptung viel Wahrscheinlichkeit für sich haben, dass die dritte Position im Gegensatze zu den übrigen und hauptsächlich zu der ebenfalls lediglich das Reurecht ausschliessenden ersten von einer »mortis causa donatio« in

[1]) Vgl. dagegen Savigny a. a. O. § 170 not. f: Die in L. 35 cit. aus dem wirklichen Gebrauch angeführten verschiedenen Formeln bezeichnen nicht auch eben so viele verschiedene Fälle; mehrere sind gleichbedeutend

Bezug auf unbestimmten Todesfall spricht und das nothwendige Requisit aufstellt, das auch der vierte Fall nicht umgehen will.

Der Jurist beschäftigte sich, wie es scheint, zuerst mehr mit dem Reurechte; desshalb finden wir dasselbe einmal auch als ausdrücklich vorbehalten; zur Seite stehen zwei Clauseln, welche den beliebigen Widerruf ausschliessen und zwar für zwei verschiedene Fälle. Den Schluss bildet die Steigerung, dass auch derjenige von den beiden Vereitelungsgründen, der hier, da es sich um den vertragsmässigen Ausschluss derselben handelt, allein (»nullo casu id est nec si etc.«) in Betracht kommen kann, nämlich die Convalescenz des Schenkers auf die »mortis causa donatio« keinen Einfluss ausüben solle.

Eine solche Erklärung würde jedoch unmöglich, wenn es wahr wäre, was Schulting notae ad Digesta ed. Spangenberg ad L. 13 § 1 D. 39, 6 und Mommsen in seiner Ausgabe zu der genannten Stelle behaupten,[1]) dass die mit »id est« eingeführten Worte nicht Worte des Marcellus seien, wozu Schulting noch positiv anführt, dass es ein Zusatz der Glosse sei. Allein es ist dies nicht erwiesen und auch nicht anzunehmen, da sonst L. 13 § 1 den Ll. 27 und 35 § 2 widersprechen würde, und der Versuch einer Vereinigung bei solchem Wortlaute entweder völlig resultatlos wäre oder nur die Plattheit erzielen würde, dass hier »mortis causa donatio« genannt wird, was sie eigentlich nicht ist. Aber auch die Interpretation, dass bis auf Paulus und Marcian die »mortis causa donatio« total unwiderruflich gemacht werden konnte, dass somit Marcellus seine Noten ohne den Zusatz mit »id est« schrieb und dies ein emblema Triboniani ist, steht im Widerspruche mit L. 1 pr. D. 39, 5 und mit der aus Nov. 87 erhellenden Thatsache, dass sogar die Möglichkeit der Ausschliessung des beliebigen Widerrufes allein nicht ohne Opposition Eingang fand und ist somit zu verwerfen.

§ 28. Wir haben nunmehr Alles absolvirt, was wir uns in § 17 vorsetzten, ehe wir zur Betrachtung der entgegenstehenden Ansichten gelangen wollten, und wir können an die Prüfung derselben herantreten. Zuvörderst scheint uns hier die Ansicht Schröters (a. a. O. S. 106 und 107) berücksichtigenswerth, da er sich auf die von uns in § 17 erwähnte verschiedene Bedeutung des Ausdruckes »perfecta donatio« stützt. Nach ihm

[1]) Covarruvias a. a. O. Pars III. Nr. 23 ging Beiden hierin voran.

bezeichnen die Quellen, wenn sie hier von »donatio perfecta« sprechen, gewöhnlich die keinen Widerruf mehr zulassende Schenkung, und es darf diese Perfection nicht mit derjenigen bezüglich der Vermögensvermehrung verwechselt werden, welch letztere regelmässig mit der Eingehung des Geschäftes vor sich gehen soll.

In ähnlicher Weise unterscheidet Ludwig Molina de Hispaniorum Primogeniorum origine et natura lib. 1. c. 12 No. 15 und 16 zwischen perfectio revocabilis und irrevocabilis.

Doch ist nicht einzusehen, in wieferne sich die Entscheidung der L. 7 D. h. t. auf die Widerruflichkeit der »mortis causa donatio« stützt, und auch in L. 1 C. h. t. kann »donatio perficiebatur« unmöglich die Bedeutung der Erlangung der Unwiderruflichkeit haben.

Wenn aber dann weiter Schröter auf S. 108 den beliebigen Widerruf des Schenkers dadurch begründet, dass der Schenker eben nicht Willens ist, sich schon bei seinen Lebzeiten die Verfügung über das Seinige zu entziehen, so drängt sich uns die Frage auf, ob die Sache wirklich ins Vermögen des Beschenkten übergegangen ist, trotzdem der Schenker noch die freie ungebundene Verfügungsgewalt hat; denn eben diese ist der Ausfluss des Vermögens; der Precarist hat die auf Widerruf erhaltene Sache nicht in seinem Vermögen.

Die auf S. 107 von Schröter allegirten Stellen haben auf die Schenkung von Todeswegen keinen Bezug und was von L. 1 D. 39, 5 zu halten ist, haben wir in § 17 gezeigt.

§ 29. Andere wiederum beziehen L. 32 cit. lediglich darauf, dass die definitive Existenz (Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio S. 57 und 58), die definitive Geltung (Keller Institutionen § 339), der volle Rechtsbestand (Mühlenbruch III. § 769, Seuffert III. § 648 Z. 2), die wahre Perfection (Vangerow II. § 561 A.), die Vollgiltigkeit (Thibaut II. § 909) vom Tode des Schenkers abhängig ist.

Diess Definitivum besteht darin, dass die »mortis causa donatio« von da an nicht mehr erlöschen oder rückgängig gemacht werden kann, dass ihre Wirksamkeit überhaupt (Bremer Archiv für civilistische Praxis Bd. 51 Heft 2 No. 13 zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten S. 181), ihre vollkommene Wirksamkeit (Bolley a. a. O. § 7 S. 46), ihre

endliche Wirkung (Hasse a. a. O. II. S. 308) vom Tode des Schenkers abhängt, dass sie bis dahin nur von problematischer Wirksamkeit ist (Seuffert III. § 647), dass das Recht des Beschenkten erst mit dem Tode des Schenkers erworben wird (Hellfeld jurisprudentia forensis § 1696) oder wenigstens bis dahin in Schwebe sein soll. (Thibaut II. § 906.)

Desshalb halten Unterholzner, die Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen Bd. II. § 317 I. 2. A. Anm. K, und Vangerow III. § 628. Anm. I. B. 1 die »condictio propter causam finitam« für richtiger als die »condictio causa data causa non secuta«. Auf Grund unserer Ansicht glauben wir uns dem gegenüber ablehnend verhalten zu müssen, wenn wir auch gegen die »condictio causa finita« nicht dieselbe principielle Stellung einnehmen wie Witte in Schletter's Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. X. S. 23. In den Quellen verlautet bei der »mortis causa donatio« Nichts von einer solchen Condiction. Vangerow glaubt in L. 35 § 3 D. h t. (nec dubitaverunt Cassiani quin condictione repeti possit quasi re non secuta) die Andeutung eines Sectenstreites hierüber zu erblicken. Allein aus derselben Stelle würde dann zugleich zu folgern sein, dass die Meinung Derjenigen, welche die »condictio ob causam finitam« gewähren wollten, sich als die schwächere erwies. Im Uebrigen bezieht sich das »nec dubitaverunt« offenbar lediglich auf die Condiction überhaupt; das »quasi re non secuta« bleibt, wenn einmal die Condiction zugelassen wird, ausserhalb des Zweifels.

Vor Allem halten wir zur Begründung dieser Ansicht über L. 32 cit. den Nachweis für nöthig, dass die römischen Juristen mitunter die Ausdrücke Wirksamkeit und Perfection promiscue gebrauchten.

Nach einer Richtung allerdings greift das »imperfectum« noch über die Vollendung des Thatbestandes hinaus; so wird in L. 9 § 3 D. 4, 2 die Stipulation, der Zahlung noch nicht nachgefolgt war, »res imperfecta« genannt; hier ist jedoch das »res« zu betonen; es bedeutet dies unser »noch nicht realisirt« (nondum consummatum, statt dessen mitunter »perfectum« gebraucht wird) und kann desshalb hier nicht angeführt werden, würde auch weit das Ziel überfliegen. Es ist das Gegenstück von dem, dass mitunter von »donatio perfecta« bereits da gesprochen wird, wo der Vollzug der Erlangung der Rechtsbeständigkeit vorausgeht.

§ 30. Sodann aber haben wir zweierlei zu unterscheiden und in Betracht zu ziehen. Die einen lassen einen leeren Zeitzwischenraum zwischen Giltigkeit und Wirksamkeit (so Bremer, Hellfeld und zum Theil auch Thibaut) und verfehlen sich dadurch ganz offenbar gegen die Wahrheit des Satzes, dass das Recht Ursache und Wirkung niemals trennt; nach ihnen wäre es möglich, dass plötzlich auf Grund eines früher abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, das 10 Jahre völlig ruhte und nach keiner Seite hin wirkte, Rechte entstehen. Der Tod des Schenkers gehört also nach Ansicht dieser Schriftsteller nicht zum Thatbestande der »mortis causa donatio«, ist aber dennoch wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit derselben.

Dem suchen nun die Anderen dadurch zu entgehen, dass sie der »mortis causa donatio« zwar sofort Wirkung zugestehen, aber doch bezüglich des Grades dieser Wirkung zwischen der Zeit vor und der nach dem Tode des Schenkers unterscheiden. Die übersichtlichste Darstellung bietet Seuffert III. § 648 Z. 1; bis zum Tode des Schenkers hat der Beschenkte entweder nur die Hoffnung eines künftigen Erwerbes oder einstweilige Detention oder widerrufliches Eigenthum, je nachdem die Schenkung noch nicht vollzogen oder der Schenkungsgegenstand bereits übergeben worden ist. Allein eine der Vindication gegenüber völlig wehrlose Detention ist noch kein Recht und ebenso ist beliebig widerrufliches Eigenthum noch nicht ein den Inhalt einer »donatio« zu bilden geeigneter Vermögenserwerb, soll diess vielmehr erst nach Wegfall der Revocabilität werden. In dieser Hinsicht sind also auch diese Beiden nur Hoffnung eines künftigen Erwerbes. Aber auch abgesehen hievon genügt, dass darnach immerhin in einigen Fällen das Recht sich nicht sogleich an die Vollendung seines Thatbestandes anschliessen soll, dass vielmehr zwischen Beide ein Etwas gesetzt wird, das kein Recht ist, welches die Lücke zwischen der Perfection der »mortis causa donatio« und dem Tode des Schenkers auszufüllen im Stande wäre.

Es wird diess vielleicht klarer, wenn wir zum Vergleiche das Verhältniss bei der Nebenbestimmung des »dies« heranziehen. Auch hier begegnen wir einer Hinausschiebung der Wirksamkeit, jedoch ohne dass desshalb irgendwo das Rechtsgeschäft bis zum Termine als imperfect oder als einer Convalescenz, Confirmation bedürftig bezeichnet wird. Und eben-

so verschieden ist auch das bis zum Eintritte des »dies« existirende Recht von dem Rechte des Beschenkten bis zur Todeszeit des Schenkers. Auch das erstgenannte Recht kann nur eine »spes« genannt werden; doch ist es eine rechtlich geschützte »spes« und insoferne immerhin ein Recht. Diese »spes« geht auf die Erben über und kann nicht von der Gegenpartei beliebig zerstört werden; bezüglich des Schutzes der aus einem bedingten Rechtsgeschäfte entspringenden »spes« sind sogar besondere Vorsichtsbestimmungen vom Rechte getroffen. Diese »spes« ist auch von Einfluss auf den Erwerb des Rechtes selbst, hauptsächlich wenn Gewaltverhältnisse dabei in Frage kommen.

Nichts von all' diesem treffen wir bei der aus der »mortis causa donatio« hervorgehenden »spes« an. Sie ist dem beliebigen Widerrufe desjenigen, von dem erworben werden soll, ausgesetzt und sie kann, trotzdem sie keine bloss persönliche Fähigkeit zur Vornahme einer Rechtshandlung u. s. w. begründet, nicht vererbt werden. Also gerade die Charakteristica des Rechtes fehlen ihr und so haben wir denn die Lücke zwischen der Perfection der »mortis causa donatio« und deren Wirksamkeit doch nicht genügend ausgefüllt, während es andererseits äusserst schwierig ist, dem Tode des Schenkers gegenüber der bereits perfecten Schenkung die richtige systematische Stellung anzuweisen. Und so kommt denn Fitting a. a. O. S. 115 dazu, allerdings nur von der einen »species« zu sagen, (doch gilt es ebenso gut auch für die andere): „Eben weil der Schenker in jedem Augenblicke die Schenkung willkürlich zurücknehmen kann, lässt sich einstweilen von einem Rechte des Beschenkten noch nicht sprechen. Ein solches kann man dann erst annehmen, wenn wirklich der Schenker ohne Willensänderung gestorben ist. Es ist also die Sachlage rechtlich so, als ob die Schenkung gleichsam jetzt erst endgiltig geschehen, jetzt erst die Sache eigentlich veräussert worden wäre." Wir brauchen ein solches »quasi« nicht.

Es sollte eben weniger von Hoffnung eines künftigen Erwerbes gesprochen werden, weil diess an die als Recht betrachtete »spes«, die Folge einer dem Geschäfte beigefügten ausserhalb des vom Rechte verlangten Thatbestandes liegenden Nebenbestimmung erinnert, sondern eher von der Möglichkeit eines künftigen Erwerbes, was weniger ist als Hoffnung. Diese Möglichkeit gründet sich darauf, dass mit Ausnahme

eines einzigen, alle Thatbestandsmomente vorliegen, und insbesondere diejenigen, die auf einer Thätigkeit der Parteien beruhen. Vor Allem aber stützt sie sich darauf, dass bereits dasjenige geschehen ist, was der »mortis causa donatio« zur Verkörperung verhelfen soll, dass der die Vermögensvermehrung begründende und vorbereitende Act bereits vorgenommen wurde, sei diess nun Tradition, Stipulation u. s. w. oder liberirender Vertrag.

Hieraus aber wird ersichtlich, dass das, was als Wirkung zwar der »mortis causa donatio«, aber als ein minderer Grad der Wirkung, als problematische, widerrufliche Wirkung angesehen wird, nichts weiter ist als die Wirkung des Vermögenszuwendungsgeschäftes bis zur Perfection der Schenkung von Todeswegen selbst, zu deren Erfordernissen sie gehört, wie wir gesehen haben, und von der sie wohl getrennt gehalten werden muss. Denn wenn auch die Vermögensvermehrung auf der Vermögenszuwendung beruht und wenn auch beide bei der Schenkung unter Lebenden zusammentreffen, so liegt eben doch in der blossen Vermögenszuwendung, z. B. wenn sie gegen Entgelt geschieht oder beliebig widerruflich ist, nicht schon von selbst die der Schenkung begriffsgemässe Vermögensvermehrung. Bei dem Einen versteht man »Vermögen« nur im rechtlichen, beim Anderen auch im wirthschaftlichen Sinne.[1])

Man könnte uns entgegenhalten, dass der Beschenkte möglicher Weise von einem Dritten seine »spes« sich abkaufen lassen kann; dadurch erreicht er definitive Vermehrung seines Vermögens; der Dritte beabsichtigt nicht dem Donatar etwas zu schenken, will vielmehr durch seinen Hoffnungskauf selbst profitiren[2]); durch die »mortis causa donatio« ist also schon vor dem Tode des Schenkers des Beschenkten Vermögen endgiltig vermehrt. Allein der Gegenstand der Vermögensvermehrung soll nicht nach Absicht des Schenkers den Gegenstand und Inhalt der Schenkung bilden und ist demnach für unsere Betrachtung ohne Belang.

§ 31. Bei Annahme sofortiger Perfection der »mortis causa donatio« bedürfte es auch der Erklärung, warum trotz

[1]) L. 42. § 1. D. h. t. spricht von der mortis causa donatio allgemein: „morte insecuta quodam modo bonis auferrentur."

[2]) Natürlich wird bei dem ganzen Vorgange Verzicht auf das Reurecht Seitens des Schenkers angenommen werden müssen.

Vollendung der Schenkung und trotz Uebergabe des Schenkungsgegenstandes an den Beschenkten doch nur die Detention auf denselben übergeht. Desshalb lassen in diesem Falle Manche, die sonst der von uns bekämpften Ansicht huldigen, die Schenkung erst mit dem Tode des Schenkers Rechtsgiltigkeit erlangen. Sie identificiren also die Schenkung vollständig mit dem Vermögenszuwendungsgeschäfte. So lassen z. B. Franciscus Hotomannus juris civilis partitiones ad L. 1 C. 8, 57 und Antonio Perez praelectiones ad T. 8, 57 No. 1 und 3 die »mortis causa donatio« erst mit dem Tode des Schenkers perfect werden, ausser wenn Eigenthum sofort übergehen soll, und Haubold schreibt a. a. O. c. 6 S. 485 wörtlich: »duplicem tantum mortis in mortis causa donationibus potestatem adgnoscemus ut sit vel conditionis instar, quae ad donandum impellat vel temporis, ex quo donatio aut nondum perfecta incipiat aut perfecta quidem, sed revocabilis, in perpetuum convalescat. Eine ähnliche Ansicht vertritt Köppen, jedoch in anderer Formulirung; wir haben desshalb hierauf noch zurückzukommen.

Die Ansicht entspricht weder der Natur der »mortis causa donatio«, noch dem Wortlaute der Quellen, da wohl kaum anzunehmen ist, dass Ulpian und Julian gerade in den hievon handelnden Stellen (Ll. 32 und 7) ohne Beschränkung von dem minder häufigen Falle sprachen.

Dieselbe Erscheinung tritt zu Tage bei Müller, Civilistische Abhandlungen 1. Theil, 7. Abhandlung, § 7, bei Klinkhamer, commentatio de donationibus c. 3 § 1 p. 92; bei Bolley, a. a. O. § 7 Nr. VII, bei Fester, de mortis causa donatione § 8 S. 12, bei Windscheid P. II. § 369 unter N. 2 und III. § 567 unter N. 2 und bei Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft § 26, besonders S. 92 und 93. »Der Tod des Schenkers ist bei suspensiv bedingter Schenkung Erfüllung der Bedingung der Schenkung, bei resolutiv bedingter Schenkung dagegen Vereitelung der Bedingung der Rückforderung«. (Wendt S. 93.)[1]) Wie kann aber dann in beiden Fällen gleichheitlich von Revocation gesprochen werden? Wir finden auch nie als Arten der Schenkung von Todeswegen eine »mortis causa donatio conditionalis« und eine »mortis

[1]) Anders wieder S. 91: Die condictio causa data causa non secuta ist für den Schenker begründet bei Vereitelung der Bedingung, mag die Schenkung im Uebrigen resolutiv oder suspensiv bedingt sein.

causa donatio pura quae sub conditione resolvitur« angeführt, wie dies beim Kaufe der Fall ist; wir finden nur die eine »mortis causa donatio«, die bald »eo animo fit, ut statim fiat res accipientis«, bald »hoc animo ut tunc res fiat accipientis cum mors insequetur. [1])

Nur folgerecht ferner kommt Unger, VI. § 77 A. 2, dazu, die »mortis causa donatio« eine »ob rem datio« zu nennen und die Schenkung selbst durch die Condiction widerrufen zu lassen; ebenso leitet in der Neuzeit insbesondere Wendt, wie wir in § 26 sahen, das Reurecht aus der »datio ob causam« ab, wobei er sich besonders auf die »mortis causa donatio« beruft. Allerdings könnte man vielleicht L. 30. D. h. t. als Quellenzeugniss dafür anführen, dass die Condiction dem Widerrufe der Schenkung selbst dient oder etwa, dass die irgendwie kundgegebene Reue sofort ohne weiteres auf die »datio« sich bezieht. Allein wir haben in § 25 dargethan, dass dem doch anders ist; durch die Condiction wird nicht die Schenkung widerrufen, sondern eine, wie sich herausstellt, grundlose Vermögenszuwendung wieder rückgängig gemacht; die Condiction bezieht sich nicht auf die Schenkung, sondern auf das dieselbe bewirkende Vermögenszuwendungsgeschäft, dessen »causa« sich nicht verwirklichte. Diese »causa« aber ist eben die »mortis causa donatio«. Anders nach Wendt in seiner Schrift über das Reurecht. Die »causa futura«, um die es sich hier handelt, ist für ihn die »mortis causa« (S. 52); er stellt der »mortis causa donatio« die »donatio ex praesenti causa« gegenüber (S. 57); die Schenkung von Todeswegen wird von ihm also als »donatio ex causa futura« erklärt und die »donatio« selbst ist offenbar gegenwärtig. Nun ist aber auch nach Wendt § 2 S. 13 das »donare« bereits ein gemeinschaftlicher Name für eine Mehrheit von Rechtsgeschäften, ein Gesammtgeschäft, bestehend aus einem abstracten Geschäfte und aus der Causalberedung desselben. Für die »datio« ist demnach die »donatio« eine »causa praesens« und es bedarf also gerade das Reurecht, das Wendt direct aus der Natur der »mortis causa donatio« ableitet, einer anderen Erklärung. Dem entgeht Wendt, wenn er ohne weitere Unterscheidung die »mortis causa donatio« selbst als »causa futura« der Vermögenszuwendung erklärt. Dazu dürfte wohl auch L. 27 D. h. t. Anlass bieten; denn

[1]) L. 2 D. h. t. L. 11 § 1 D. 24, 1.

nicht die »gewöhnliche Schenkung ex praesenti causa« wird hier der Schenkung von Todeswegen gegenübergestellt, sondern die einfache »causa donandi«; hier ist die »causa donandi« sofort gegeben, dorten hat sie zu ihrer Verwirklichung noch den Tod des Schenkers abzuwarten, ist also zur Zeit der »datio«, in ihrer Vollendung gedacht, noch eine zukünftige.

Vom ähnlichen Standpunkte, wie Unger und Wendt geht Liebe aus, von dem uns zwei Ansichten überliefert sind, die sich jedoch nicht ganz decken. In seiner Schrift über die Stipulation und das einfache Versprechen § 32 beurtheilt er die »mortis causa donatio« als »donatio ob causam«. Dies lässt sich jedoch nicht stricte durchführen, und so stellte er denn mehrere Modificationen auf, die wir weiter unten genau anzuführen beabsichtigen. In einem kleineren in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. XIV. publicirten Aufsatze nennt er die »mortis causa donatio« ein »negotium«. (S. 222 ff.) Paulus bezieht jedoch in L. 35 § 3. D. h. t. das »negotium gerere« auf die »datio«; denn das »malle se habere«, worauf sich das »qua parte se cogitat« bezieht, kann sich nicht immer, sondern nur in solchen Fällen (sofortige Eigenthumsübertragung u. s. w.) in der Eingehung eines »negotium«, eines obligatorischen Geschäftes äussern. Dabei erinnert sich aber Liebe doch, dass der Beschenkte trotz der Schenkung noch kein Recht hat; desshalb ist bei ihm die »mortis causa donatio« mit der Vornahme nur für den Geber perfect (indem nur ihm und zwar für einen bestimmten Erfolg Rechte ertheilt werden), für den Beschenkten dagegen wird sie erst durch den Tod des Schenkers rechtsgiltig (weil bis dahin ein Recht, das eine Verpflichtung des Schenkers voraussetzt, für ihn nicht existirt). Es wäre demnach für die beiden Parteien die Perfection der »mortis causa donatio« an verschiedene Voraussetzungen geknüpft.

Aehnlich gibt in Folge seiner Meinung Hotomannus (consilium 123 Nr. 3) als Schema der »mortis causa donatio« die Formel: »do ut si ex hoc morbo convalescam reddas«, während es der Legaldefinition mehr entsprechen würde, zu sagen: »ich gebe dir, damit du nach meinem Tode habest«; desgleichen stellt Hotomannus (disputationes juris civilis: de donationibus omnium generum cap. II. No. 5) die »mortis causa donatio« ebenso wie die »donatio sub modo« der »donatio simplex« als »negotialis« gegenüber, »quae non solum liberalitatis sed etiam negotii gerendi causa conficitur«. S. auch Voigt, die condictiones

ob causam § 78 S. 726 ff. — Dagegen Savigny, IV. § 170 S. 243.

Allein als nicht minder unrichtig muss es bezeichnet werden, wenn die »mortis causa donatio« insoferne als gemischtes Geschäft hingestellt wird, als je nach dem Ausfalle der Bedingung entweder reine Schenkung oder reine Obligation stattfindet (Savigny a. a. O. S. 243; Keller, Pandekten § 69); besonders scheint uns dies der Definition Savigny's zu widersprechen (S. 241), wonach die »mortis causa donatio« nur dann giltig sein soll, wenn der Schenker vor dem Beschenkten stirbt. Die Möglichkeit der Existenz einer Obligation auf Rückgabe entspringt nicht einer etwaigen Doppelnatur der »mortis causa donatio«, sondern ist einfache Folge des Umstandes, dass diese erst mit dem Tode des Schenkers perfect wird, wesshalb sie dem sie bewirkenden Vermögenszuwendungsgeschäfte, mit dem allein die »obligatio« zusammenhängt, nur »causa futura« sein kann.

§ 32. Zwar wird von einer »plenissima firmitas« in Folge Vorversterbens des Schenkers gesprochen, so z. B. in L. 13 § 1 D. 24, 1; allein damit ist das Nämliche gemeint, wie mit dem einfachen confirmari (L. 13 § 1, L. 20 D. 24, 1, Festus de verborum significatione s. v. M). Es wird damit bezeichnet die Confirmation der durch die Vornahme des Rechtsgeschäftes eröffneten Möglichkeit, die Bestättigung der vorbereitenden Wirkung des Vermögengsübertragungsgeschäftes. Besonders in der Stelle des Festus (oben § 15) tritt dies deutlich hervor; die »stipulatio« soll confirmirt werden; sie ist dessen fähig und bedürftig, nicht aber wäre dies die »perfecta mortis causa donatio«. Wenn nun diese confirmirende Thatsache ausbleibt, so wird das confirmandum infirmirt, soweit es bereits wirkte (evanescit s. z. B. L. 4 § 2 D. 2, 14).

Allein nicht nur bezüglich des Vermögensübertragungsgeschäftes ist dies zu sagen, sondern auch bezüglich des ganzen Rechtsgeschäftes, soweit es vor Hinzutritt des letzten Thatbestandsmomentes existirte. Auch als Bezeichnung hiefür finden wir in den Quellen den Ausdruck »donatio«, so dass wir analog dem »donatio solvitur« der L. 1 pr. D. 39, 5 auch ein perimi (L. 20 D. 24, 1) exanescere (L. 11 § 7 eod.) dissolvi und infirmari (L. 11 § 10 eod.) vorfinden, ohne dass dies als Argument dagegen betrachtet werden kann, dass die Schenkung von Todeswegen erst mit dem Tode des Schenkers sich vollendet;

denn die römischen Juristen, mehr die praktische Seite betrachtend, berücksichtigten, wie auch die Verschiedenheit des Begriffes »donatio« selbst zeigt (Savigny a. a. O. § 143 S. 13 und 14). nicht allzusehr die Wahl des Ausdruckes. Trotz alledem liefen sie nicht Gefahr, zu ihrer Zeit falsch verstanden zu werden, da andererseits wieder in klaren Worten die grundlegende Lehre von der »mortis causa donatio« vorgetragen wurde. Mit Vollendung des Gesammtthatbestandes existirt nur noch das Rechtsverhältniss; von diesem kann aber nicht gesagt werden »evanescit«. Dass wir diesen Ausdruck in einer von der »mortis causa donatio« unter Ehegatten handelnden Stelle finden, ist gleichgiltig, da wir nirgends ein Anzeichen dafür treffen, dass die »mortis causa donatio« unter Ehegatten bezüglich der Perfection von den übrigen sich unterscheide. Es wird demnach eine bei Errichtung einer »mortis causa donatio« getroffene Vereinbarung des Inhaltes: »Doch soll die Schenkung nichtig werden, wenn du vor mir stirbst,« so zu deuten sein, dass der Ausdruck »Schenkung« auf das vorbereitende Geschäft sich bezieht, das vernichtet werden soll, wenn die »mortis causa donatio« nicht zur Perfection gelangt. Ebenso verhält es sich, wenn die Quellen schon vor der Perfection der Schenkung von einer »qui donavit« und einem »cui donatum est« (vgl. L. 29 D. h. t.) sprechen.

In ähnlicher Weise ist auch das evanescere, rumpi, adimi vom Testamente und Legate zu verstehen. Lotmar stellt hierüber eine längere Untersuchung an (causa S. 10—14); er kommt dazu, zwischen vulgärem Sprachgebrauch und technischer Nomenclatur zu unterscheiden; vielleicht ist es uns im Vorstehenden gelungen, einen Grund dieser Verschiedenheit anzudeuten; auf die weiteren von Lotmar angeführten Ausdrücke »emere a furioso«, »alienam pecuniam credere« u. s. w., soll sich dies selbstredend nicht erstrecken, da hier nicht nach dieser Richtung hin zwischen Vornahme des Rechtsgeschäftes und Vollendung des Gesammtthatbestandes unterschieden werden kann.

Nach Bremer a. a. O. S. 181 soll auch die Behandlung der »mortis causa donatio« unter Ehegatten für die sofortige Perfection sprechen, da sie sonst nicht von Ulpian in seinen Fragmenten (VII, 1) unter den ausnahmsweise unter Ehegatten geltenden Schenkungen aufgezählt würde. Allein, auch wenn die »mortis causa donatio« sofort perfect und nur mit dem

Tode erst wirksam würde, könnte sie wegen des Letzteren strenge genommen nicht als Ausnahme angeführt werden. (Savigny a. a. O. IV § 162 not. m.) Die Begründung der L. 10 D. 24, 1: »quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt« widerspricht unserer Ansicht keineswegs; »Eventus« ist nicht nothwendig mit definitiver Wirksamkeit wiederzugeben. Sodann lehrt uns aber L. 11 § 1 D. 24, 1, dass trotzdem nicht alle Arten der Schenkung von Todeswegen galten; es hatte also Ulpian wohl Grund, sie unter die Ausnahmen zu setzen, besonders da seiner eigenen Aussage nach unter dem Worte »donatio«, also auch beim Schenkungsverbote, nicht nur die »non mortis causa«, sondern auch die »mortis causa donatio« verstanden wurde; durch sein Stillschweigen hier hätten also Zweifel entstehen können.

Es ist daher diesen Argumenten nicht allzuviel Gewicht beizulegen. Die in Vorstehendem von uns bekämpfte Meinung fand hauptsächlich in unserem Jahrhundert deshalb so vielen Anklang, weil die Hauptverfechter dieser Ansicht mit ihrer Hilfe sehr energisch gegen die frühere Einseitigkeit auftraten, mit der von Vielen die »mortis causa donatio« dem Legate vollständig gleichgestellt wurde. Im Sinne dieser Gleichstellung hat sich z. B. das bayerische Landrecht ausgesprochen (Thl. III c. 8 § 3 und Anm. Nr. 5): Vermächtniss und Schenkung von Todeswegen sollen sowohl circa constitutionem, formam et solemnitatem als subjectum, objectum, effectum, cessationem und sonst in genere und specie nicht unterschieden sein. Als Vorkämpfer gegen diese Vermengung der »mortis causa donatio« mit dem Legate sind Hasse und Schröter zu verzeichnen; ob diese und insbesondere der Letztere nicht zuweit gingen, ist eine andere Frage. Sie sprechen beide von augenblicklicher Vermögensvermehrung, wozu jedoch das »praesens praesenti dat« der L. 38 D. h. t. richtig interpretirt sicherlich keinen Anlass gibt. Hasse a. a. O. II S. 310 A. 116 lässt auch ein Aufschieben der Vermögensvermehrung bis zum Tode zu; Schröter (S. 106) aber beharrt fest auf der alsbaldigen Vermögensvermehrung und hat hiemit Anhang gefunden. Windscheid, der (P. II § 369) die Schenkung selbst, nicht bloss das Vermögenszuwendungsgeschäft je nachdem suspensiv oder resolutiv bedingt sein lässt, hält auch für den ersteren Fall die sofortige Vergabung aufrecht, indem hier eben ein bedingtes Recht vergeben werde (P. III. § 675 Nr. 2). Demnach wären

in der zweiten und dritten species der L. 2. D. h. t. die Schenkungsgegenstände verschieden. Vgl. übrigens auch Windscheid P. I § 86.

§ 33. Dass allen diesen Ansichten mehr oder minder eine Verwechslung der Schenkung selbst mit dem sie bewirkenden Vermögenszuwendungsgeschäfte zu Grunde liegt, wird klarer, wenn wir zusammenstellen, was nur auf den Erwerb der Schenkung, auf den Effect des Beschenktseins allein sich bezieht, vom Vermögenszuwendungsgeschäfte dagegen vollständig losgetrennt ist. Wir werden finden, dass hier nur der Tod des Schenkers in Betracht kommt und dass im Uebrigen gleichgiltig ist, ob die Wirkung des Vermögenszuwendungsgeschäftes bis dahin aufgeschoben wurde oder nicht.

Vor Allem gibt der Tod des Schenkers den Zeitpunkt ab, nach dem die Capacitätsfrage sich entscheidet (L. 22 D. h. t.). Auch für die »mortis causa donatio« mit sofortigem Eigenthumsübergange gilt dies, da Africanus in der genannten Stelle von der Schenkung von Todeswegen im Allgemeinen spricht und wohl den Hauptfall derselben nicht ausser Acht gelassen haben wird. Vom Standpunkte der früheren Perfection der »mortis causa donatio« aus würde die Incapacität nicht nur Unfähigkeit sein, zu erwerben, sondern in diesem Falle auch Unfähigkeit, das Erworbene zu behalten, und die eintretende Incapacität müsste als Erlöschungsgrund bezeichnet werden; ebenso auch Selbstmord ob sceleris conscientiam, capitis deminutio und memoriae damnatio; all dies hat aber auf erworbene Rechte gewöhnlich keinen Einfluss, weshalb in L. 32 § 7 D. 24, 1 und L. 7 D. 39, 6 die »donatio inter vivos« derjenigen »mortis causa« entgegengesetzt wird. Oder sollte hier Widerruf aus Reue fingirt werden? Dies scheint uns kaum glaublich.

Nur der Zeitpunkt des Todes ferner ist für den Erwerb massgebend, falls zur Zeit der »interpositio donationis« ein Gewaltverhältniss bestand. Hievon handelt, neben L. 11 D. 24, 1 in den §§ 3—5, besonders L. 44 D. h. t. Wir haben in § 18 davon gesprochen, dass wir hier zu »mortem donatoris« nicht »domini« ergänzen,[1]) da sonst der Construction des Satzes die nöthige Klarheit und Durchsichtigkeit fehlen würde und ausserdem zur Erklärung des »manumissum« etwa »testamento«

[1]) Anders Brinz P. § 328 S. 1462.

erforderlich wäre. Es sagt demnach Paulus: Im Zweifel ist bei bestehendem Gewaltsverhältnisse als der Beschenkte derjenige anzusehen, dem die Sache hingegeben wurde; ebenso L. 23 eod. Wäre die Schenkung sofort perfect, so könnte ein solcher Zweifel nicht auftauchen; der Gewalthaber (Vater oder Herr) wäre der Beschenkte; sein Tod wäre für die Vereitelung massgebend; der Gewaltuntergebene käme nur als Erwerbs-Organ in Betracht. Auf den Tod des Empfängers der Gabe also, fährt Paulus weiter fort, ist gewöhnlich zu sehen; stirbt dieser vor dem Schenker, so gilt die Schenkung als vereitelt. Weiter aber kommt es für den Erwerb des Rechtes auch darauf an, ob zur Zeit der Perfection der »mortis causa donatio«, also zur Todeszeit des Schenkers, das Gewaltverhältniss noch besteht oder nicht. Vom Standpunkte der anderen Ansicht aus wäre dies vollständig gleichgiltig; denn der Erwerb hat dann jedenfalls noch während des Bestandes des Gewaltverhältnisses seinen Anfang genommen, so dass stets der Gewalthaber der Donatar ist. Für uns aber ist demnach dreierlei zu unterscheiden:

1) der beschenkte Gewaltuntergebene stirbt vor dem Schenker; die Schenkung ist vereitelt;
2) der Schenker stirbt zuvor; die Schenkung wird perfect. Das Gewaltverhältniss besteht noch; der Gewalthaber erwirbt;
3) die Schenkung wird perfect zu einer Zeit, da das Gewaltverhältniss bereits beendigt ist. Der frühere »filius familias« oder »servus« erwirbt die Sache. Aber bereits zur Todeszeit des Schenkers muss das Gewaltsverhältniss gelöst, der Beschenkte in der Lage sein, für sich selbst zu erwerben. Spätere Lösung nützt Nichts mehr, auch nicht diejenige während des Zeitraumes vom Tode bis zur Eröffnung des Testamentes, während bezüglich der Legate in Folge der »lex Julia et Papia Poppaea« der letztere Zeitpunkt der massgebende war; darauf ist der Schlusssatz von L. 44 cit. gerichtet.

Diese Stelle ist für unsere Ansicht um so beweiskräftiger, als sie nur von der »mortis causa donatio« mit sofortigem Eigenthumsübergange handelt. Dies geht aus dem »ut sit locus condictioni« der gewöhnlichen Lesart hervor. Mit Fitting a. a. O. § 77 S. 114 hiefür »conditioni« zu setzen, ist nicht nöthig (s. auch Brinz P. § 328 S. 1462), nicht sowohl desshalb, weil auch »bei suspensiv bedingter mortis causa donatio die

Condiction Platz greifen kann«, wie Wendt meint (bedingtes Rechtsgeschäft § 26 S. 91), sondern deshalb, weil sonst auch die dasselbe besagende L. 23 eod. emendationsbedürftig wäre, während die eine »actio de peculio« electiv gewährende L. 19 eod. nicht, wie Fitting (A. 162) glaubt, hiemit im Widerspruche steht.

Anders allerdings verhält es sich mit der »mortis causa donatio« unter Ehegatten »quae hoc animo fit, ut res statim fiat accipientis«. Aber auch dies dient uns zum Beweise der erst mit dem Tode des Schenkers eintretenden Rechtsgiltigkeit der »mortis causa donatio«.

Zu Julians Zeiten galt eine solche Schenkung noch nicht (L. 11 § 1 D. 24, 1); Ulpian nennt sie giltig. Zu dem schon in § 4 von uns bemerkten allmäligen Nachlassen an Strenge bezüglich der »mortis causa donatio« unter Ehegatten (L. 43 D. h. t. — Aussprüche des Fulcinius und Neratius) kommt hier der Vorgang der »oratio divi Severi« hinzu. Wir nehmen hier nicht mit Brinz (P. § 328 S. 1461) an, dass diese »mortis causa donatio« unter Ehegatten desshalb, weil die gewöhnliche Schenkung in Folge des vorgenannten Gesetzes wie eine »mortis causa donatio« angesehen wurde, die Behandlung einer »donatio simplex« erfuhr; denn die Quellen liefern keine Beweise »für die Befreiung von den Gläubigern und von der falcidischen Quart«. Wie die »oratio divi Severi« selbst eine Concession der Gesetzgebung an den Schenker ist, dessen Wille schliesslich die Oberhand behalten soll, so wollte auch hier die Praxis dem Willen des schenkenden Ehegatten volle Rechnung tragen; doch waren hier der Natur der »mortis causa donatio« halber mehr Schwierigkeiten zu überwinden. »Quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur« (L. 52 § 1 i. f. D. 24, 1). Der auf sofortige Rechtsübertragung gerichtete Wille des Schenkers konnte also nur dadurch zur Geltung gebracht werden, dass nach Perfection der Schenkung die Vermögensübertragung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäftes zurückbezogen wurde; den römischen Juristen widerstrebte es nun augenscheinlich, den Theil zurückzuziehen und nicht auch das zu gleicher Zeit perfect gewordene Ganze, deshalb denn »donatio retro agitur« (L. 40 D. 39, 6, L. 11 § 9 D. 24, 1). Dass hieraus die Natur einer »condicio facti« ebenso wenig gefolgert werden kann, wie das sonstige Fehlen der Rückziehung einen Beweis

gegen die Retrotraction der erfüllten Bedingung liefert, ist ersichtlich.

Wenn aber die Schenkung auf die Zeit ihrer Interposition zurückgezogen werden kann, so geht daraus hervor, dass sie eben zu dieser Zeit noch nicht rechtsgiltig und perfect ist, noch nicht wirkt; vom entgegengesetzten Standpunkte aus wäre, da »mortis causa donatio« unter Ehegatten nichts verlautet, eine in den Quellen von einer diesbezüglichen Ausnahmestellung der solche Rückziehung weder möglich, noch nothwendig; es könnte auch von einem »non retro agi« (L. 11 § 2 eod.) keine Rede sein, da diese Frage überhaupt nie aufzuwerfen wäre; statt von »donatio retro agitur« müsste von »traditio redigitur« oder »retro agitur« wie in L. 11 § 2 cit. gesprochen werden, da der Zeitpunkt der »perfecta mortis causa donatio« feststeht, nicht zurückgezogen wird, nicht zurückgezogen werden kann.

§ 34. Aus dem Allem geht wohl zur Genüge hervor, dass bei Annahme sofortiger Perfection die Schenkung von Todeswegen ein Rechtsinstitut wäre, das an Irregularität seines Gleichen sucht. Ferner wäre uns dann die Gleichstellung mit den Legaten in vielen Punkten unverständlich. Incapacität, Selbstmord »capitis diminutio« und »damnatio memoriae« hätten die Natur von Erlöschungsgründen. Der beliebige Widerruf, der auf Vertrag begründeten perfecten »mortis causa donatio«, hätte eine Sonderstellung ohne jegliches Analogon; er wäre, wie Schröter a. a. O. S. 109 unter Beistimmung von Unger a. a. O. VI. § 77 A. 11 consequent behauptet, eine Zurücknahme bereits wirklich erworbener Rechte; dagegen ist aber auch Hasse a. a. O. III. S. 408. Schliesslich müssten wir dann auch behaupten, dass dasjenige, das erst convalesciren muss (Paul. R. S. III. 7. § 2), zuvor schon rechtsgiltig ist.

Wir werden es desshalb nur natürlich finden, dass die erst mit dem Tode des Schenkers eintretende Perfection der »mortis causa donatio« nie ganz ohne Vertheidiger war, und dass zu diesen bedeutende Gelehrte zählen.

Petrus Barbosa a. a. O. Nr. 131—133 nennt zuerst einige Schriftsteller, welche (wie Schröter) die Perfection der L. 32 cit. von der nunmehrigen Unwiderruflichkeit verstehen, und fügt bei, dass seiner Ansicht nach die »mortis causa donatio« erst mit dem Tode des Schenkers »substantiam et effectum« erlangt. Cujacius (recitationes sollemnes ad L. 1. C.

8, 56 [57]) definirt die »mortis causa donatio« folgendermassen: »Confertur in casum mortis donatoris nec ante perfecta esse intellegitur quam mors ejus contigit.« Ebenso Philibertus Brusselius de conditionibus lib. IV, tit. 1, c. 27; dieser ist jedoch sehr schwankend; so betrachtet er z. B. lib. II. tit. 1, c. 2, tit. 3. c. 1 die »mortis causa donatio« bald als eine resolutiv, bald als eine suspensiv bedingte Schenkung, die jedoch wegen ihrer Legatsnatur (lib. II. tit. 3. c. 15) nicht zurückbezogen werde. Auch Donellus spricht a. a. O. lib. 14, c. 33, § 4 von Perfection erst mit dem Tode des Schenkers. Hubertus Giphanius lecturae Altorphinae Nr. 3 ad. T. 39, 6 trennt die Perfection der »mortis causa donatio« von der »perfectio quoad actum«, d. h. von der Interposition, von der Perfection des Errichtungs-Actes. Ebenso unterscheidet Lauterbach (collegium theoretico-practicum § 31 T. 39, 6 und dissertationes academicae II, 74, th. 36, §§ 1, 2, 3) zwischen der Perfection »respiciens ordinationem« (bei rite und legitime geschehener Willenserklärung und Acceptation) und der Perfection »per mortem ipsius donatoris«. Vinnius (selectae juris quaestiones II. 34, S. 477) lässt auch bei sofortigem Eigenthumsübergange die »mortis causa donatio« erst mit dem Tode des Schenkers perfect werden; ebenso Jacobus Voorda (interpretationes et emendationes juris III. 19); und auch Faber a. a. O. dec. 44, err. 7 unterscheidet zwischen »acquisitio dominii« und »perfectio donationis«. Schirach a. a. O. § 8 S. 312 definirt die »mortis causa donatio« als einen Vertrag, wodurch eine Freigebigkeit in Bezug auf den Tod des Gebers unter der Bedingung ausgeübt wird, dass sie erst durch jenen Tod Vollkommenheit erlangt.

Auch Puchta geht von der späteren Perfection der »mortis causa donatio« aus; wenn dies auch sein Pandektenlehrbuch § 72 und seine Vorlesungen § 61 S. 140 mehr oder minder zweifelhaft lassen, so geht diese seine Meinung doch zur Genüge aus seinen Institutionen (II. § 206 S. 54) hervor, wo er die »mortis causa donatio« bis zum Tode des Schenkers nur »die Vorbereitung einer Schenkung« nennt (auch Vorlesungen § 552 a. E.)

Schilling betrachtet den Tod des Schenkers als Bedingung der Giltigkeit der »mortis causa donatio« (Institutionen § 353 not. p.); doch scheint ihm bei sofortiger Eigenthums-Uebertragung von dieser Regel abgegangen zu sein, so dass er diese Schenkung, sowie die einfache Schenkung aus Veranlass-

ung des Todes und diejenige auf den Todesfall eines Anderen eine »mortis causa donatio« im vulgären oder wörtlichen Sinne nennt, im Gegensatze zur eigentlich-technischen Bedeutung (a. a. O. not. d. e. f.).

Nach Savigny a. a. O. IV. § 170 S. 241 ist die »mortis causa donatio« eine Schenkung, die nur giltig sein soll, wenn der Geber vor dem Empfänger oder auch gleichzeitig mit demselben sterben wird; ebenso machen Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht § 543 I. A., Marezoll, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes § 227, und Arndts, P. § 589 den Bestand der »mortis causa donatio« vom Tode des Schenkers abhängig; allerdings können hier durch die Ausführung wieder Zweifel rege werden.

Eingehender handelt von der späteren Perfection der »mortis causa donatio« Erxleben, II. § 9. S. 159, 160 und 164. Ein besonders eifriger Vertheidiger derselben ist ferner Brinz (P. § 328 S. 1460). Auch Czyhlarz unterscheidet sehr gut zwischen der Gabe, wenn sie in Folge des Eigenthumsübertragungsgeschäftes an den Beschenkten gelangt, Bestandtheil seines Vermögens (jedoch nicht definitiv) geworden ist, und wenn sie in Folge des Vorversterbens des Schenkers den juristischen Charakter der »mortis causa donatio« erlangt hat. (Zur Lehre von der Resolutivbedingung § 15 S. 89 u. 90.) Engelmann a. a. O. § 8 S. 73 A. I interpretirt L. 32. cit. ebenfalls wie wir.

Dass auch Köppen (a. a. O. § 2 S. 161) Anhänger dieser Ansicht ist, ergibt sich von seinem Standpunkte aus von selbst. Nach Köppen kann aber, wenn der Schenker dies beabsichtigte, der Perfection retrotractive Kraft beigelegt werden. Dagegen haben wir zu bemerken, dass von einer Retrotraction bei der »mortis causa donatio« deshalb nicht gesprochen werden kann, weil das letzte Thatbestandsmoment nur objectiv ist, keine Ratihabition des ursprünglich nicht ganz rechtsgiltigen Willens bezweckt. Die Retrotraction bei der »mortis causa donatio« unter Ehegatten, auf die Köppen sich beruft, haben wir S. 89 u. anders erklärt. Auch stellt Köppen, da er nicht zwischen Rechtsgeschäft und Gesammtthatbestand, zwischen »interpositio« und »perfectio donationis« unterscheidet, und desshalb die vorgreifende und vorbereitende Funktion des Vermögensübertragungsgeschäftes nicht kennt, Modificationen auf, mit denen wir uns nicht einverstanden erklären können. Während wir der Ansicht sind, dass die zum Beginne eines

Rechtsverhältnisses nöthigen Voraussetzungen vom Rechte fest bestimmt werden, kann nach Köppen je nach dem Belieben der Parteien der Tod des Schenkers entweder als condicio für die Vollendung des Thatbestandes des Rechtsgeschäftes, oder als Suspensiv- oder Resolutivbedingung oder als Voraussetzung für den Rechtserwerb des Beschenkten, also für das Rechtsverhältniss gesetzt werden. Daraus ergibt sich, dass nur im ersteren Falle die »mortis causa donatio« beliebig widerruflich ist, im Uebrigen aber nicht. Köppen zieht auch diese Consequenz (§ 2 S. 162. A. 56, § 5 S. 262 u. 263). Jedoch L. 15 D. 40, 1 und § 1 I. II., 7 bezeichnen das Reurecht als Regelmässigkeit, lassen es aus dem Wesen der »mortis causa donatio« selbst entspringen; ferner finden wir nirgends eine Beschränkung des Satzes, der die Giltigkeit der Schenkungen von Todeswegen unter Ehegatten ausspricht, auf die beliebig widerrufliche »mortis causa donatio«, während dies doch nöthig wäre, wenn es auch eine Art der »mortis causa donatio« gäbe, die ihrer Natur nach beliebigen Widerruf ausschlösse.

Unter den von Köppen für seine Ansicht angeführten Quellenstellen haben wir die L. 1 pr. D. 39, 5, in welcher über die »poenitentia« des Schenkers durchaus Nichts verlautet, in § 17 besprochen, die übrigen sagen über diese Frage theilweise Nichts, theilweise Gegentheiliges aus; insbesondere finden wir einen Unterschied bezüglich der Widerruflichkeit, je nachdem der Tod des Schenkers zur Bedingung für die Vollendung des Eigenthumserwerbes (Rechtsverhältniss) (L. 29. i. pr. D. h. t.) oder des Schenkungsvertrages (Rechtsgeschäft) (L. 15. i. f. D. 40, 1) gemacht worden ist, nicht zum Ausdrucke gebracht. Das »res ita demum alienatur« der letzteren Stelle unterscheidet sich von dem »ut rem tunc haberet si« der ersteren nicht; beide beziehen sich auf die Uebereignung, von der die hier allerdings zeitlich concurrirende Schenkung zu trennen ist. L. 67 pr. D. 50, 16 zeigt deutlich, dass gerade das Verbum »alienare« so recht eigentlich die Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen selbst, nicht die einem Vertrage entspringende Verpflichtung zur Herbeiführung eines solchen Eigenthumswechsels bezeichnet.

Sicherlich dient es auch nicht zum Beweise der Stärke und Richtigkeit dieser Ansicht, wenn Köppen (S. 263 A. 248) sich genöthiget findet, die »species mortis causa donationum« der L. 2 D. h. t. (durch besondere juristische Merkmale unterschiedene Arten, rechtliche Unterabtheilungen) durch

die »quaestiones facti« (Thatfragen) der L. 13 § 1 eod. zu erklären und gleichsam die Beiden einander gleichzustellen. Nach ihm unterschied Julian in L. 2 D. h. t. drei Arten der »mortis causa donatio«:

1) Wenn »sola cogitatione mortalitatis« geschenkt wird, d. h. wenn so geschenkt wird, »ut nullo casu sit repetitio« (L. 13 § 1, L. 35 § 4 i. f. D. h. t.), weil hier der Gedanke an den Tod nur die »causa donandi« und deshalb die Schenkung eine »donatio inter vivos« ist (L. 27). Also eine Art Schenkung, die wir in den Quellen des Oeftern als »mortis causa donatio« aufgezählt finden, wird von Köppen in eine Klasse mit einer Schenkung zusammengeworfen, bezüglich welcher die Quellen den Charakter der »mortis causa donatio« läugnen;
2) wenn so geschenkt wird, »ut statim fiat res accipientis«, d. h. »ut omni modo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur« oder »ut non aliter reddatur quam si prior ille qui acceperit decesserit« (Ll. 13 und 35 cit.), wenn also der Tod des Schenkers als Voraussetzung oder als Resolutivbedingung gesetzt ist (L. 29 und L 39 D. h. t.);
3) wenn so geschenkt wird, »ut tunc demum fiat accipientis cum mors fuerit insecuta«, d. h. wenn »sub conditione« geschenkt wird, und zwar entweder so, »ut non aliter reddatur quam si prior ille qui acceperit decesserit«, (dies soll also für beide Fälle (Ziff. 2 und 3) gelten) oder, »ut reddatur etiam si prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit«, je nachdem der Tod des Schenkers zur Bedingung für die Vollendung des Eigenthumserwerbes oder des Schenkungsvertrages gemacht worden ist (L. 29 h. t., L. 15 i. f. D. 40, 1).

§ 35. Zum Schlusse sind noch zwei Schriftsteller zu verzeichnen, die in unserer Frage so ziemlich einen eigenen Weg gehen. Es sind dies Liebe (die Stipulation und das einfache Versprechen § 32 S. 387—391) und Voigt (die condictiones ob causam §§ 78 und 79 S. 726 fg.). Sie gehören, wie wir dies von Liebe schon oben gesehen haben, zu denjenigen, die, wie Perez, Hotomannus u. s. w., offen »mortis causa donatio« und Vermögensübertragungsgeschäft vermengen, lassen sich jedoch ausserdem auch in historische Forschungen ein.

Liebe stellt die Worte des Festus über »mortis causa stipulatio« an die Spitze. Seiner Ansicht nach erstreckt sich die darin angezogene Meinungsverschiedenheit auf die »mortis causa donatio« überhaupt (S. 386 fg.) und hauptsächlich auf die durch Sachübergabe (Tradition), weniger auf die durch Stipulation vor sich gehende »mortis causa donatio«, weil sie bei der letzteren der Natur derselben nach weniger möglich war (S. 395). Wir werden nun im nächsten Capitel davon sprechen, dass diese Controverse, wie auch die Worte: »Mortis causa stipulatio« darthun, nur auf die Stipulation, soweit sie der »mortis causa donatio« zur Verkörperung verhelfen sollte, sich bezog.

Die Ansicht Liebe's aber muss trotzdem hier in Kurzem wiedergegeben werden:

Labeo und die Proculejaner liessen die »mortis causa donatio« erst mit dem Tode perfect werden, schoben bis dahin den Eintritt der Wirksamkeit auf; bis zur Perfection trug die »mortis causa donatio« den Charakter einer »datio fiduciaria«, ähnlich dem »depositum«; die Sabinianer hielten die »mortis causa donatio« für eine »donatio ob causam«. Ihre Ansicht gewann die Oberhand, modificirt einigermassen durch Consequenzen der Proculejanischen Lehrmeinung.

Diese Modificationen sind:

1) Die Suspension des Rechtsgeschäftes bis zum Tode des Schenkers kann nicht nur Gegenstand einer besonderen, dahin gehenden Vereinbarung werden, sondern bildet eine besondere »species« der »mortis causa donatio« (L. 2 D. 39, 6).
2) In L. 18 § 1 D. 39, 6 wird eine »in factum actio« gegeben, welche keine »praescriptis verbis actio« ist, da diese nur auf Beschaffung der die Gegenleistung bildenden »causa«, nicht aber auf Zurückgabe des in einem synallagmatischen Verhältnisse Gegebenen geht, sondern eine vom Prätor wegen Mangels einer Civilklage gegebene prätorische Klage (ähnlich der »in factum actio« aus dem »commodatum« und »depositum«), die statt der »intentio juris« eine auf das »factum« gerichtete »demonstratio« enthielt.
3) Neben der »condictio« wird im Vereitelungsfalle auch die »utilis rei vindicatio« gegeben (L. 29 D. 39, 6). (Hierauf haben wir im nächsten Capitel noch näher einzugehen.)
4) Beliebiger Widerruf ist zulässig.

Dies wäre aber dann u. E. kein Sieg der sabinianischen Lehrmeinung, sondern vielmehr ein Nebeneinanderbestehen der beiden Ansichten mit mehr proculejanischer Färbung; zudem stimmt die unerwähnt gelassene Vergleichung mit den Legaten und mehreres Andere, wie z. B. die Berücksichtigung der Todeszeit des Schenkers bezüglich des Erwerbes bei bestehendem Gewaltsverhältnisse mehr mit der proculejanischen Richtung überein. Im Ganzen hätten wir nach Liebe in der »mortis causa donatio« eine in manchen Stücken dem Legate ähnelnde, beliebig widerrufliche, bis zum Eintritte der »causa« aufschiebbare »donatio ob causam (futuram)« vor uns. Dazu kommt aber noch, dass wir für eine solche Controverse keine positiven Zeugnisse haben, dass die einzige Pandektenstelle (L. 35 § 3 D. h. t. »nec dubitaverunt cassiani«), welche etwa geeignet ist, eine solche Aussicht zu eröffnen, hierauf nicht nothwendig Bezug hat,[1]) und dass auch die von Liebe erwähnten vier Connivenzpunkte, wie wir theilweise bereits gesehen haben, theilweise noch sehen werden, anders zu erklären sind.

Voigt a. a. O. zählt ausser einer dem Ulpian angehörigen, hier, weil sie nicht das Wesen der »mortis causa donatio« betrifft, bei Seite zu lassenden Meinung drei Theorien auf, denen wir, nebenbei gesagt, sämmtlich in den Digesten begegnen und zwar ohne Anzeichen, dass sie antiquirt seien, so dass sie wohl nunmehr als ein einheitliches Ganze aufzufassen sind.

Es sind dies:

1) Die hauptsächlich von Julian (L. 1. pr. D. 39, 5) vertretene Schulmeinung der Sabinianer, wonach die »mortis causa donatio« nur im vulgären Sinne »donatio« genannt wird, in Wahrheit jedoch eine »obligatio« ist und nach Analogie des Innominatcontractes (daher »condictio quasi re non secuta«) behandelt wird. Allein die »condictio ob causam datorum« entspringt nicht dem Innominatcontracte; es ist vielmehr ein negatives Merkmal dieser Obligationen, dass sie ohne Vertrag entstehen. (Brinz, P.I. S. 402.) Sodann bedeutet »quasi« in L. 35 § 3 D. h. t.) nicht eine auf dem Wege der Analogie gewonnene erweiterte Anwendung der Klage; in L. 5 § 1 D. 19, 5 z. B. wird für den Hauptfall »do ut des« die

[1]) Dirksen, Beiträge zur Kunde des römischen Rechtes: 1. Abhandlung: Ueber die Schulen der römischen Juristen c. I. § 2 S. 110.

»condictio« gegeben, »quasi ob rem datum re non secuta«; das »quasi« ist vielmehr (Erxleben a. a. O. II. § 6 S. 93 A. 32) dazu bestimmt, den Gesichtspunkt anzudeuten, unter dem die vorliegende Thatsache rechtlich zu fassen ist, dient gleichsam als Anführungszeichen. Es fällt also damit der vermeintliche Kern dieser Ansicht, die Behandlung nach Analogie des Innominatcontractes. Dazu kommt, was auch für das Folgende gilt, dass die »mortis causa donatio« in vielen Fällen, ohne eine Obligation gegen den Beschenkten zu erzeugen, ihren Verlauf nehmen kann (z. B. wenn sie perfect wird oder wenn die Wirkung des Vermögenszuwendungsgeschäftes bis zur Perfection der Schenkung hinausgeschoben wird); es kann demnach die Obligation doch wohl nicht so sehr in den Vordergrund gestellt werden, wie dies von Voigt geschieht.

2) Die Theorie des Paulus, wonach die »mortis causa donatio« als »negotium mixtum« erscheint (wie die »donatio sub modo«), zusammengesetzt aus »donatio« und reinem Innominatcontract; als einzige Unregelmässigkeit soll sich hiebei ergeben, dass die »causa dandi« hier keine »res«, keine künftige Gegenleistung, sondern vielmehr die gegenwärtige »donatio« ist und bleibt, die dann wiederum wegen ihrer Verbindung mit dem Innominatcontracte von der »vera et absoluta donatio« sich unterscheidet. Wie passt diese Lehre von der gegenwärtigen »donatio« zu des Paulus Worten in R. S. III. 7, § 2: »morte tantummodo convalescit sc. mortis causa donatio«? Abgesehen davon aber stünden darnach die Worte »nec dubitaverunt Cassiani etc.« zu dem Vorgehenden in einem Gegensatze und die Begründung mit »propter hanc rationem« wäre nicht die des Paulus; diesem wäre dann mindestens der Vorwurf zu machen, dass er seine und seiner Gegner Ansicht nicht gehörig getrennt habe.[1])

---

[1]) Eine ähnliche Interpretation dieser Worte des Paulus finden wir bei Pagenstecher (die römische Lehre vom Eigenthum III. § 12 S. 159), wonach Paulus im Gegensatze zu den Sabinianern dem Schenker trotz bereits geschehener Eigenthumsübertragung die Vindication gewähren will.

3) Als dritte Theorie verzeichnet Voigt die von der Legislation bereits früherer Zeit ausgehende Legatstheorie, von der ihm directe Spuren nicht überliefert zu sein scheinen; dadurch nun soll sich die »condictio ob causam« in eine »condictio causa finita« umgestalten; wir hätten demnach hier keine »causa«, die, in ihrer Vollendung gedacht, zur Zeit noch eine »futura« ist (S. 469 und 470), sondern eine bereits rechtsbeständig gewesene, nun hinfällig gewordene »causa«, so dass wir ein vor dem Tode des Verfügenden perfectes Legat uns vorzustellen haben. Hierüber s. auch Witte in Schletter's Jahrbüchern Bd. X., S. 20.

Wir sehen demnach, welche Folgen eine lose Scheidung von Schenkung und Vermögensübertragungsgeschäft nach sich ziehen kann. Weiteres hierüber soll das nächste Capitel lehren.

IV. Capitel.

Die Pendenz der Schenkung von Todeswegen in ihrem Einflusse auf das Vermögenszuwendungsgeschäft.

§ 36. Welchen Einfluss die Pendenz und damit die mögliche Folge derselben, die Vereitelung der »mortis causa donatio«, auf das Vermögens-Zuwendungsgeschäft ausübt, erheischt wegen der hervorragenden Wichtigkeit desselben — es soll ja der Schenkung die Realität verleihen (Savigny a. a. O. IV, § 155 S. 104) — eine besondere Untersuchung. Wie bei der Schenkung unter Lebenden, so wird auch bei derjenigen von Todeswegen das Vermögens-Zuwendungsgeschäft bei Errichtung der Schenkung vorgenommen. Während aber die Schenkung unter Lebenden, wenn anders Einwilligung über dieselbe vorhanden ist, dadurch ihre Perfection erlangt und also die durch das Vermögens-Zuwendungsgeschäft beabsichtigte Vermögens-Vermehrung sofort erzielt wird, ist dies bei der Schenkung von Todeswegen ihrer Natur nach nicht der Fall; denn hier soll nur »der Ueberlebende haben«. Was also durch das Vermögens-Zuwendungsgeschäft erreicht werden soll, wird nicht sogleich erreicht, sondern erst später; und kann, wie wir gesehen haben, auch ausbleiben. Es ist möglich, dass der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, dass der Schenker widerruft oder dass die Schenkung durch Beseitigung der Gefahr zusammenfällt. Der Schenker hat diese Fälle vorzusehen und seine Einrichtungen bezüglich der Vermögens-Zuwendung darnach zu treffen.

Durch das Vermögens-Zuwendungsgeschäft soll, wie wir sagten, das »Haben des Ueberlebenden als solchen« realisirt werden; es stellt sich uns demnach das Letztere als Zweck des Ersteren dar und dieses selbst ist das Mittel, das zur Erreichung des Zweckes dienen soll, das zwischen dem beabsichtigten und dem in die Wirklichkeit getretenen »Haben des Ueberlebenden«

steht, sie vermittelt. Während nun gewöhnlich im Leben weder die Wirkung des Mittels beliebig, bis Gewissheit über die Erreichung des Zweckes erlangt ist, aufgeschoben werden kann, noch auch bei Nichterreichung des Zweckes die bereits eingetretenen Wirkungen des Mittels rückgängig gemacht werden können, vermag das Recht die Wirkung des Mittels in ein derartiges Verhältniss zur Erreichung des Zweckes zu bringen, wenn dieses Mittel ein Rechtsgeschäft, die Wirkung ein Rechtsverhältniss ist; denn die Rechtsverhältnisse sind nicht in der Art unbeugsam und starr wie die Facta, vielmehr sind sie geeignet, innerhalb der vom Rechte gezogenen Grenze den Willen der Parteien in sich aufzunehmen und darnach sich zu gestalten.

§ 37. Dreierlei bietet in solchem Falle das Recht zur Auswahl:

1. Der den beiderseitigen Interessen am meisten Rechnung tragende Modus liegt wohl darin, dass das Mittel erst zu wirken beginnt, wenn gewiss ist, dass damit zugleich der Zweck erreicht wird, d. h. die Wirkung des Mittels muss von dem Eintritte derjenigen Thatsache abhängig gemacht werden, deren Hinzutritt zur Erreichung des Zweckes noch nöthig ist; dies wird durch Beifügung einer Zeitbestimmung oder einer, einen »dies« in sich schliessenden Bedingung bewirkt. Wird also die »mortis causa donatio« vereitelt, so kommt das in Frage stehende Rechtsgeschäft gar nicht zu Stande.

2. Das Einfachere und Natürlichere jedoch ist, dass ohne Beifügung einer solchen Nebenbestimmung das als Mittel gewählte Rechtsgeschäft sofort in seiner Weise wirkt. Hier kann nun nach den Principien des stricten Rechtes, ebenso wenig wie nach den strengen Gesetzen der Logik eine auf Rückgängigmachung dieser Wirkung gerichtete Abhängigkeit des Mittels von der Erreichung des Zweckes behauptet werden. Wohl aber dürfte es als ein Postulat der »aequitas« zu bezeichnen sein, hier, wo es möglich ist, dem Willen des das Zweckverhältniss Setzenden und nur in Bezug hierauf das vermittelnde Rechtsgeschäft Vornehmenden gerecht zu werden. Denn das »jus aequum« soll die grundlosen und materiell ungerechtfertigten Vermögensveränderungen, die manchmal das Gefolge des »jus strictum« bilden, wieder auszugleichen suchen. Dem ist nun das römische Recht wirklich dadurch nachgekommen, dass »condictio ex bono et aequo introducta est« (L. 66 D. 12, 6).

Diese Condictionen boten sich um so eher dar, als ja ihr Vorbild, dem sie sich anschlossen, die »condictio mutui«, ähnlichem Zwecke diente. Auch sie geht auf Rückgängigmachung der Rechtswirkungen des Mittels, allerdings nach erreichtem Zwecke. (Löwenfeld zur Lehre von den sogenannten entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften S. 69 ff.)

Aber nicht nur diess. Auch ein anderer Weg bietet sich dar, den das römische Recht ebenfalls einschlug; wir können ihn den indirecten Weg nennen, auf dem die Rechtswirkungen des Mittels angefochten wurden. Ist nämlich dies Recht der Art, dass es zu seiner Ausübung der Geltendmachung der anderen Partei gegenüber bedarf, so kann der Einfluss des nicht erreichten Zweckes auch darin sich zeigen, dass das Recht dem Angegriffenen ein hierauf basirtes Vertheidigungsmittel in die Hand gibt; die Wirkung des Mittels wird paralysirt; es geschieht diess dadurch, dass der Klage die »exceptio doli« opponirt wird. Hier deutet schon der Name auf das »jus aequum« hin.

Dass Beide, die »condictio« und die »exceptio doli«, nachweisbar erst späteren Datums sind — sie entstanden Beide nicht vor Ende des 7. Jahrhunderts a. u. c. (Voigt a. a. O. § 44) —, ist geeignet, diess zu unterstützen. Witte (Schletter's Jahrbücher X S. 13) meint allerdings, dass rechtlich gemissbilligte Leistungen früher durch andere Mittel widerrufen wurden, allein, abgesehen davon, dass später Manches in den Kreis der Condictionen gezogen wurde, dessen Rückforderung früher anderweitig vor sich ging, verlautet gerade für unsere Frage von solchen früher gebräuchlichen Mitteln Nichts; das tiefe Stillschweigen hierüber ist um so auffallender, als die Quellen des Oefteren von dem Ursprunge der Condictionen reden und zwar nie in der Weise, als ob nur ein Sceneriewechsel dadurch vorgenommen werden sollte, sondern stets in Ausdrücken, die auf eine völlige Neuerung schliessen lassen. Hätte das strenge Recht Mittel geboten, so wäre ein Eingreifen des »jus aequum« unnöthig gewesen. Vielleicht war diess früher desshalb nicht nöthig, weil damals der Verkehr in der von uns sub 1 angedeuteten engeren Schranke sich bewegte.

Damit die Berufung auf das Verhältniss von Mittel und Zweck und die daraus hervorgehende Beschränkung des in erster Reihe erklärten Willens mit Erfolg möglich ist, muss

bei Vornahme des vermittelnden Rechtsgeschäftes deutlich auf das Zweckverhältniss hingewiesen werden, wenn auch nicht immer so scharf, wie diess in L. 2 § 7 D. 39, 5 der Gegenüberstellung halber gethan ist (»aliter non daturus«), da sonst von einer derartigen »quaestio facti« nie gesprochen werden könnte. Desshalb kann aber nicht von einem Vertrage auf Rückgabe, von einer ausdrücklichen Vereinbarung, »dass die Nichterreichung des Zweckes Anfechtbarkeit des Mittels bewirken soll«, auch nicht von einem nur fingirten, präsumirten, stillschweigenden Vertrage gesprochen werden, ebensowenig wie der Grund der Rückforderung in einer stillschweigenden Willenserklärung des Empfängers zu finden ist; denn da er einen diessbezüglichen Willen nicht zu erklären hat, so ist nicht ausgeschlossen, dass trotz deutlichen Hinweises Seitens der anderen Partei das Zweckverhältniss von ihm nicht erkannt wurde. Auch damit kann nicht operirt werden, dass wegen Nichterreichung des Zweckes die auf das vermittelnde Rechtsgeschäft gerichtete Absicht nachträglich ihre Wahrheit verliert und in Irrthum übergeht (Savigny System V. Beilage XIV No. VII), da ein rechtlich bedeutsamer Irrthum ohne Bewegung des Willensvermögens nicht entstehen kann.

Einen andern Ausgangspunkt als wir nehmen auch Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast §§ 36 und 37; Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag §§ 3 und 4, und Karlowa a. a. O. S. 171—173; diese Schriftsteller haben nicht zu beweisen, dass eine Anfechtung der Rechtswirkungen des Mittels möglich ist: dies ergibt sich ihrer Deduction nach von selbst; sie haben vielmehr zu beweisen, dass auch die unvollkommene causa, das Rechtsgeschäft in seiner Loslösung aus der Abhängigkeit von dem wirthschaftlichen Zwecke, der Theilwille in gewisser Beziehung wirksam werden kann. Wenn wir also dem psychologischen Momente allein nicht dieselbe Wichtigkeit beilegen wie Karlowa, so lassen wir andererseits dasselbe doch nicht ganz ausser Acht, wie Voigt (a. a. O. bes. § 70), da wir den aus dem vermittelnden Rechtsgeschäfte entsprungenen Zustand sonst nicht als gerade der »aequitas« widersprechend ansehen könnten. Es ist aber auch nicht Mehr nothwendig; deshalb braucht man nicht mit Erxleben (a. a. O. bes. S. 84 und 85) von einem bedingenden Verhältniss, von einer Bedingungsnatur der Voraussetzung zu sprechen, denn Bedingtsein ist ein anders ge-

färbter Zustand der Abhängigkeit, als der hier vorliegende. Sehr scharf drückt sich Gerber a. a. O. § 36 gegen diese Hereinziehung des Bedingungsbegriffes aus und Voigt a. a. O. S. 530 nennt diese Construction »quasi condicio«. Da aber die Voraussetzung, soll sie zur Kennzeichnung eines solchen Verhältnisses dienen, eines derartigen, ihrer eigentlichen Natur fremden Beiwortes bedarf, so sollte von der Erhebung dieses Wortes zum technischen Ausdrucke besser Umgang genommen werden, wie überhaupt schon Mehrere ihre Stimme dagegen erhoben.

3. Aber auch noch einen dritten Weg können die Parteien einschlagen, einen Weg, der allerdings nicht überall zulässig ist und eine nur durch Ausbildung des Rechtes zu gewinnende Elasticität erfordert, der aber da, wo er betreten werden kann, beiderseits nicht zu unterschätzende Vortheile darbietet.

Das Nähere hierüber können wir, da hier Alles höchst bestrittener Natur ist, erst da bringen, wo wir von der Anwendung des Vorstehenden auf die einzelnen Geschäfte handeln. Hierauf gehen wir nunmehr über.

§ 38. Das Vermögens-Zuwendungsgeschäft kann ein Uebereignungsgeschäft sein, also eine Tradition; nach älterem Rechte kommen noch die Mancipation und Injurecession hinzu (S. § 15). Bei den beiden Letzteren war Aufschiebung des Eigenthumsüberganges ausgeschlossen; die eventuelle Rückforderung wurde gestützt entweder auf »pactum fiduciae« oder Stipulation oder einfache »lex dationi dicta«.[1]) Vielleicht hegten hier bezüglich der Zuständigkeit der Condiction die Proculejaner den L. 35 § 3 D. h. t. angedeuteten Zweifel.[2])

Doch scheint die Tradition häufiger gewesen zu sein, da die Hingabe mit Aufschub des Eigenthumsüberganges als »species« mortis causa donationem aufgezählt wird. So z. B. in L. 2 D. h. t., die wir jetzt, zur Tradition übergehend, näher ins Auge zu fassen haben. An die Legaldefinition sich anschliessend, behandelt sie sowohl die beiden Motive der Schenkung von Todeswegen, als auch die beiden ersten (häufigeren) Arten,

---

[1]) S. hierüber Haubold a. a. O. c. 3 S. 460; Müller a. a. O. § 2 ff.; Hasse a. a. O. II. S. 320; Savigny a. a. O. IV. § 170 S. 244 und 245; Keller Institutionen § 339 S. 347; Liebe Stip. § 32 S. 385; Schulin, Publiciana S. 60 ff.)

[2]) Aehnlich auch Erxleben a. a. O. II. § 9 S. 165 A. 27.

in denen die Uebereignung vom Tode des Schenkers abhängig gemacht wird.

Früher haben wir bereits die von der gemeinen Meinung divergirenden Ansichten Einiger theils bezüglich der »mortis causa donatio sola cogitatione mortalitatis« (Barbosa § 4; Köppen § 34), theils bezüglich der sofortigen Eigenthumsübertragung (Püttmann und Engelmann § 27; Köppen § 34) vorübergehend besprochen. Dass die verschiedenen Species, wie der einfache Sinn ergibt, von verschiedenen Vereinbarungen der Parteien zu verstehen sind, nicht wie Liebe Stip. § 32 S. 391 (s. oben § 35) meint, von den entgegengesetzten Bedeutungen, welche die »mortis causa donatio« nach den abweichenden Ansichten der Juristen hatte, ist nach dem Wortlaute der Stelle klar und bedarf wohl keiner Erörterung; für Liebe's Ansicht ist durchaus kein Anhalt geboten.

Auffällig ist die in der Stelle getroffene Eintheilung; während als Veranlassung die »cogitatio mortalitatis« ziemlich isolirt vorangestellt wird, folgt ihr in ausführlicherer Darstellung die wegen »metus mortis« vorgenommene Schenkung, und nur bei dieser wird in Bezug auf das Verhältniss zwischen Mittel und Zweck unterschieden. So ist denn mancher Grund zur Streitigkeit geboten. Die Gliederung des Cujacius (ad L. 2 cit. in Lib. XVII. Digestorum Salvii Juliani) können wir nicht als richtig anerkennen; er zieht nämlich die Linie der Unterabtheilung entschieden falsch, wenn er nach Anführung der ersten beiden Alternativen bemerkt: »utraque donatio fit ita ut statim fiat res accipientis« und dann die dritte Species als für sich bestehend folgen lässt. Aehnlich auch Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 5 A. 2. Die Stelle enthält Nichts, woraus man schliessen könnte, dass das »ut statim fiat res accipientis« bei der »mortis causa donatio sola cogitatione mortis« zu ergänzen ist; es wird sogar gerade bei ihr die andere Art der Abhängigkeit der Vermögenszuwendung die häufiger vorkommende sein. Aber ebensowenig ist beizupflichten, wenn Andere, so z. B. Rolandinus Passagerius a. a. O. Pars III. Nr. 6, nur bei der »mortis causa donatio« in Folge von »imminens mortis periculum« die in unserer Stelle erwähnte Verschiedenartigkeit gelten lassen, in Bezug auf die andere Art der »mortis causa donatio« dagegen der der Cujacischen direct entgegengesetzten Meinung huldigen. Vielleicht soll dadurch vermieden werden, dass auf diese Weise, besonders bei allenfalls

hinzukommendem Verzichte auf das Reurecht, das Ganze ein anderes Aussehen erhalte, wie ja auch Hasse a. a. O. S. 341 für solche Fälle die Legaldefinition glaubt abändern zu sollen. Es soll in diesem Falle der Schenker die Sache dem Beschenkten lieber gönnen als sich selbst, und nur sich selbst lieber als dem Erben des Beschenkten. Denn dass dies weniger dann der Fall ist, wenn wegen einer bestimmten Todesgefahr geschenkt wurde, liegt auf der Hand; es wird ja bis zur Beseitigung der Gefahr der Schenker wohl kaum in der Lage sein, von dem geschenkten Rechte Gebrauch zu machen. Allein aus dieser ganzen Deduction darf kein Schluss gezogen werden; denn der Verzicht auf das Reurecht ist eben nur eine Ausnahme. Es kann zudem immer, wenn auch »cogitatione sola mortalitatis« unter Verzicht auf das Reurecht »mortis causa« geschenkt wurde, mit Hilfe der »retentio usus fructus« oder des »constitutum possessorium« dem Schenker die factische Herrschaft über die Sache und der Nutzgenuss an derselben gesichert bleiben.

Es kam eben Julian und Ulpian hauptsächlich darauf an, bei der häufiger vorkommenden »species« die Verschiedenheit in den Rechtswirkungen des Vermögenszuwendungsgeschäftes zu constatiren, ohne sie für die andere in Abrede stellen zu wollen. Warum auch soll hier Anderes gelten? Uebrigens bietet L. 42 pr. D. h. t. einen directen Quellenbeweis dar.

Die Tradition mit sofortigem Eigenthumsübergange und mit Aufschub desselben sind also wohl von einander zu trennen. Eine solche Gleichstellung, wie die von Haubold a. a. O. c. 3. S. 467 ist absolut unthunlich; dieser fährt nämlich nach wortgetreuer Aufzählung der drei Species folgendermassen fort: »his omnibus, inquam, in causis habebit donator praeter condictionem causa data causa non sequuta, etiam in rem actionem, sed in altera specie non prius quam superato periculo vel recuperata valetudine.« Nebenbei sei gesagt, dass auch diess Letztere wegen der zulässigen »poenitentia« des Schenkers nicht so ausnahmslos hingestellt werden sollte.

§ 39. Zuerst betrachten wir die zuletzt aufgezählte »species«, die dem von uns sub 1 erwähnten Verhältnisse von Mittel und Zweck entspricht: der Eigenthumsübergang soll hier erst mit dem Tode des Schenkers erfolgen. Da aber nach L. 20 C. 2, 3 ohne Tradition Eigenthum nicht übergeht, so muss, wie L. 2 cit. diess auch andeutet, der Schenkungsgegen-

stand zuvor zur Detention übergeben werden. Auch diess wird gewöhnlich bei Interposition der Schenkung geschehen; dass L. 35 § 5 C. 8, 53 (54) nicht mit Giphanius lecturae Altorphinae ad L. 13 D. h. t. Nr. 23 von einer zwischen Vornahme der Schenkung und Tod des Schenkers vor sich gehenden Tradition zu verstehen ist, haben wir bereits oben zu § 16 gesehen. In Folge der Vereinbarung der Parteien hat die hiedurch bewirkte Detention den Keim in sich, bei Hinzukommen einer gewissen Thatsache »ipso jure« in Eigenthum überzugehen. Fitting a. a. O. A. 164 nennt daher diese Art des Eigenthumsüberganges beim Tode des Schenkers eine stillschweigende »brevi manu traditio«; eben desshalb aber ist sie doch nur eine uneigentliche »brevi manu traditio«. Doch scheint uns gerade dadurch die »mortis causa donatio« vom Legate sich zu entfernen, nicht, wie Fitting glaubt, demselben sich zu nähern.

Ebenso ist es nicht richtig, wenn Faber a. a. O. dec. 44 err. 9 sagt, dass Eigenthum hier zwar nicht »sine traditione«, aber auch nicht »ex traditione« oder »per traditionem« übergehe, so dass hier wie beim Legate die »legis potestas« und »auctoritas« zu Hilfe genommen werden müsse.

Beiden Schriftstellern bot L. 2 D. 6, 2 in Verbindung mit L. 1 § 2 eod. die äussere Veranlassung und scheinbare Begründung. Doch könnte auf Grund dieser Stelle noch weiter gegangen werden; man könnte diese Art des Eigenthumsüberganges von den beiden »species« der L. 2 D. h. t. vollständig trennen und Eigenthumsübergang direct durch blossen Willen ohne Tradition annehmen; weil hier die »mortis causa donatio« wie die Tradition und das Legat zu denjenigen »juris partes« gerechnet wird, »quibus dominium quis nansisceretur«; dann wäre aber die »mortis causa donatio« dem Legate in einer Weise gleichgestellt worden, welche mit der von uns angenommenen Art ihrer Entstehung und überhaupt mit ihrer Vertragsnatur nicht harmoniren, die letztere sogar nahezu gefährden müsste. Wir haben uns deshalb mit dieser Stelle eingehender zu beschäftigen. Zuvor sehen wir, ob vielleicht noch andere Quellenbelege hiefür beigebracht werden können.

Dass das »etsi« der L. 1 § 5 D. 43, 3 (Siquis ex mortis causa donatione possideat, utque cessabit interdictum [quod legatorum] quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso jure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt) hierauf

keine Beziehung hat, nicht auf eine andere Möglichkeit als die der bereits erfolgten Tradition hindeutet, ist ersichtlich; das »utique cessare« liesse sich sogar dann nicht rechtfertigen; denn in dem Falle, dass der Beschenkte ohne Tradition auf eigene Faust in den Besitz der »mortis causa« geschenkten Sache sich setzen würde, wäre das Interdict sehr am Platze.

Dass die Worte der L. 29. D. h. t. »sic donavit, ut si mors contigisset tunc haberet« gegen die Nothwendigkeit der Tradition sprechen, wird heutzutage wohl schwerlich mehr von Jemand behauptet werden. (S. übrigens hiezu Hasse a. a. O. II. S. 325.)

Es verbleibt demnach die obengenannte L. 2 D. 6, 2 allein; früher wurde sie fast allgemein so ausgelegt, als ob sie »ipso jure« Uebergang des Eigenthums ohne Tradition zuliesse. Die Meisten glauben, dass unsere Stelle in Folge der L. 4. C. h. t. in die Compilation aufgenommen worden sei. Allein diese Constitution wollte die »mortis causa donatio« nicht in allen Punkten dem Legate gleichstellen und vollends die Gestattung der Wahl zwischen Insinuation und Beiziehung von 5 Zeugen, auf die hier meistens angespielt wird, konnte dies unmöglich im Gefolge haben. Zu dem käme noch, dass dann die eingeschobenen Worte des Paulus im Sinne des Autors nothwendig ein anderes Ziel gehabt haben mussten und dass es unthunlich war, sie ohne Weiteres hierher zu setzen.

Besonders auffällig bleibt die Begründung »quia ad exemplum legatorum capiuntur«, da mit Ausnahme des Erfordernisses der Capacität der Erwerb bei Beiden ein verschiedener war, und da Paulus damals behufs der Zuständigkeit der Publiciana gar nicht auf die Aehnlichkeit mit dem Legate zu verweisen brauchte. Einer solchen Gleichstellung der »mortis causa donatio« mit dem Legate widerspricht auch L. 25 D. 24, 1, wo von einer der Usucapion »pro donato« nicht »pro legato« nachgebildeten Usucapion bei der »mortis causa donatio« die Rede ist; denn die Tradition wird dadurch deren nothwendige Voraussetzung.

Wenn wir aber bereits Paulus so denken und sprechen lassen, wie sich dies nach dem Stande der Compilation ergibt, so kann hier nur von dem Vergleiche mit einer Art des Legats, mit dem Vindications-Legat, die Rede sein. Ueber die Schwierigkeiten, die sich auch hier darbieten, vergl. Hasse a. a. O. II. S. 348 ff. Wir vermögen nicht einzusehen, wie

Vindications-Legat und Schenkung von Todeswegen bezüglich des Erfordernisses der Tradition als gleichgestellt erachtet werden konnten, da bei Ersterem eben die feierlichen Testamentsworte »do lego« die Tradition ersetzten, während die »mortis causa donatio« völlig formlos vor sich gehen konnte.

Es machten sich deshalb schon in früherer Zeit Bedenken dagegen geltend und andere Erklärungsversuche tauchten auf. Giphanius a. a. O. ad L. 29 D. h. t. Nr. 19 glaubt, dass hier die Absicht nur darauf ging, ausser der Tradition und Usucapion noch andere Eigenthumsübertragungsarten aufzuzählen, wie z. B. Legat, mortis causa donatio, dotis constitutio u. s. w.; jedoch die »justae causae traditionis«, unter denen in L. 3 § 1 eod. an erster Stelle die »dos« aufgezählt wird, sind sehr wohl vom Legate (L. 1 § 2) und von der Schenkung von Todeswegen (L. 2) auseinander zu halten; diese Letzteren werden der Tradition gleichgestellt. Savigny a. a. O. IV § 170 Note p—r lässt Paulus von einem Falle sprechen, da die Schenkung durch Mancipation ohne Tradition vollzogen worden war und der Beschenkte nach des Schenkers Tode einseitig Besitz ergriffen hatte. Doch müsste dann den Compilatoren wegen der Aufnahme dieser Stelle der Vorwurf grober Ungeschicklichkeit gemacht werden, umsomehr, als trotzdem nicht die »mortis causa donatio«, sondern eben die Mancipation den Eigenthumsübergang verursachte. Aber auch sonst lässt sich dagegen geltend machen, dass dann die Begründung mit »quia ad exemplum legatorum capiuntur« eine sehr wunderliche wäre. Im Uebrigen lassen sich, da die Stelle des Paulus uns nicht vollständig vorliegt, über den Gedankengang des Juristen nur Vermuthungen aufstellen; Geist und Scharfsinn wird der Conjectur Savigny's wohl Niemand absprechen wollen.

Doch muss auch in's Auge gefasst werden, wie diese scheinbare Antinomie vom Standpunkte der Compilation aus zu lösen ist. Hier werden wir vielleicht das Richtige treffen, wenn wir uns dem Grundgedanken nach von Faber leiten lassen, dasjenige jedoch, was er durch das Wesen der Tradition und des Rechtsinstitutes selbst zu erklären versucht, mit einer Eigenthümlichkeit in der Ausdrucksweise begründen, die auch sonst öfters wiederzufinden ist; wir sind dann nicht gezwungen, wie beim Legate, die »legis potestas» in Anspruch zu nehmen. Es wird ja auch in anderen Stellen (s. z. B. § 44 I. II. 1 und

L. 9 § 5 D. 41, 1) der Eigenthumsübergang in Folge der »brevi manu traditio«, weil zur Zeit der Eigenthumsübergabe eine Tradition nicht vor sich geht, scheinbar als durch »nuda voluntas« bewirkt, der Tradition gegenübergestellt. Hier war hiezu noch mehr Anlass geboten, da auch die Aeusserung des »animus dominii transferendi et accipiendi« bereits der Vergangenheit angehört.[1]) Und so erklärt sich denn diese verrufene Stelle sehr einfach.[2])

§ 40. Das Eigenthum geht mit dem Tode des Schenkers auf den Beschenkten über. Windscheid (die Wirkung der erfüllten Bedingung S 5 und 6) sieht es nun als Beweis gegen die Retrotraction der Bedingung an, dass hier weder Rückziehung eintritt, noch überhaupt Etwas von einer darauf zielenden Vereinbarung der Parteien verlautet. Das Letztere spricht jedoch keinesfalls gegen die Rückwirkung, die in der Natur der Bedingung gelegen ist, somit keiner auf sie gerichteten Abmachung bedarf. Dem Ersteren aber ist nicht damit zu entgegnen, dass die »mortis causa donatio« auch hier einem Legate gleich behandelt wird, wie diess Philibertus Brusselius »de conditionibus« lib. II. t. 3. c. 15 und Franciscus Mantica de tacitis et ambiguis conventionibus lib. 14 tit. 46 No. 12 wollen — denn es ist uns unmöglich, für eine Gleichstellung in diesem Punkte einen Grund aufzufinden —, aber auch nicht damit, dass hier Retrotraction ausnahmsweise desshalb nicht Platz greife, weil, hätte der Schenker diess gewollt, er die Resolutivbedingung hätte wählen können, wie Savigny a. a. O. III. § 120 S. 156 lehrt; denn die Retrotraction liegt in der Natur der Bedingung und ist von solchen Aeusserlichkeiten unabhängig. Bei der »mortis causa donatio« unter Ehegatten hätte dann von jeher und nicht erst später, in allen Fällen, nicht nur »in quibus casibus placeat« Rückziehung Platz greifen müssen. Savigny selbst stellt IV. § 170 S. 247 eine andere Begründung für diesen Fall der Rückziehung auf.

---

[1]) S. über diese Stelle auch Schröter a. a. O. S. 117 und Hasse a. a. O.

[2]) Auf jeden Fall deuten die Worte »amnissa possessione« darauf hin, dass wir nicht an eine Publiciana actio ohne vorherigen Besitz zu denken haben.

Ihre Erledigung findet unsere Frage nur durch den Hinweis darauf, dass diess nie eine reine Bedingung ist, sondern, wie oben gezeigt, stets eine solche, die eine Zeitbestimmung in sich schliesst (si — tunc, gewöhnlich sogar tunc demum, cum). Warum in einer solchen Lage der Verfügende die bezügliche Thatsache nie als reine Bedingung setzen wird, geht aus dem Zwecke hervor, den er dabei verfolgt, weil nämlich das Rechtsgeschäft, dessen Nebenbestimmung hier in Frage steht, nur als allerdings unerlässliches Mittel dienen soll, nur zur Erreichung des dabei beabsichtigten Zweckes gesetzt wird und wirkt. Eine Rückwirkung ist desshalb nicht angezeigt und somit auch keine »condicio«. Auch Brinz § 328 S. 1460 findet diess Vorkommniss als durchaus vereinbar mit der von ihm besonders warm und lebhaft verfochtenen Rückwirkung der Bedingung. »Es findet Attraction der Gabe durch die Schenkung, der facti conditio durch die juris conditio statt; der Schenker will ausdrücklich, dass es sich mit der Gabe nicht anders als wie mit der Schenkung verhalte und fügt darum unwillkürlich der conditio einen dies bei.«

§ 41. Wird die »mortis causa donatio« vereitelt, so hat natürlich der Schenker darauf bedacht zu sein, die zu diesem Zwecke hingegebene Sache wieder zurückzuerhalten.

Es geschieht dies einfach dadurch, dass er mit der »rei vindicatio« sein Eigenthum in Anspruch nimmt. Hierüber s. L. 29. D. h. t. in ihrem ersten Theile: »sine dubio donator poterit rem vindicare«.

Aus diesem ersten Theile dieser Stelle geht für uns hervor, dass Ulpian überhaupt von einer »res nec mancipi« spricht, da es sonst unklar bliebe, warum die Sache nur tradirt, nicht mancipirt wird. Die Compilatoren brauchten hiebei wohl nicht so umfassende Aenderungen vorzunehmen, wie Schulin a. a. O. S. 76 glaubt; im Gegentheil wären mehr Aenderungen nöthig gewesen, wenn der Urtext auf »res mancipi« und Mancipation gelautet hätte. Czyhlarz a. a. O. § 15 S. 92 gelangt mit den Worten, „wenn wir von der minder wichtigen »res nec mancipi« absehen", dazu, dass hier nur von »res mancipi« die Rede sein könne. Wenn er anführt, dass ursprünglich neben dem »haberet« ein »in bonis« stand, und dass dies lediglich von den Compilatoren gestrichen wurde, so ist hiegegen zu bemerken, dass der Ausdruck »habere« hier auch ohne den Zusatz »in bonis« wohl

verständlich ist, und dass der Beweis, »habere« sei in unseren Rechtsquellen nur in solchem Sinne und in solcher Verbindung zu finden, wohl kaum erbracht werden dürfte.

In L. 29 wird behufs Vervollständigung und Gegenüberstellung auch des Falles der Perfection gedacht und für diesen Ausgang das Eigenthumsrecht dem Beschenkten zugesprochen (mortuo eo tunc is cui donatum est, sc. vindicare poterit). Dass Ulpian hier nicht so fast vom Recht selbst, als vielmehr von einem Ausflusse (oder Ausdrucke) desselben, von der Befugniss seiner gerichtlichen Geltendmachung spricht, hat nichts Befremdendes an sich. Wir finden dies gewöhnlich in den Quellen vor; diese Erscheinung hat ihren Grund darin, dass das Recht im concreten Falle — besonders bei der römischen Rechtsentwicklung — in seinem gerichtlichen Schutze besteht, und dass die römischen Juristen überhaupt stets einer die Rechtsausübung hauptsächlich berücksichtigenden Darstellungsweise sich befleissen. Es wäre gewiss unrichtig, in allen Fällen, in denen in unserem Titel von der Condiction gesprochen wird, eine Verweigerung der Rückgabe Seitens des Beschenkten oder der Erben desselben vorauszusetzen. Im vorliegenden Falle braucht man also deshalb, weil je nach der Genesung oder dem Tode des Schenkers entweder diesem oder dem Beschenkten die Vindication zugesprochen wird, nicht daran zu denken, dass weder der Schenker noch der Beschenkte, sondern ein Dritter die Sache detinirt. Die Vindicationsbefugniss bedeutet hier eben Eigenthumsrecht. Damit schwindet zugleich das lezte Moment, mit dem Liebe allenfalls noch die Nothwendigkeit einer Conjectur hätte begründen können. Nach seiner Meinung (Stip. § 32 S. 390 A. 1) schrieb Ulpian vielleicht: »donator poterit rem vindicare mortuo eo cui donatum est«. Wir wollen hier von einer Untersuchung nach den Gesichtspunkten der Kritik der Quellen absehen; uns scheint gegen eine solche Textesänderung schon der Umstand zu sprechen, dass Ulpian dann der gerechte Vorwurf träfe, nicht gewusst zu haben, was er eigentlich wollte. Er beabsichtigte die Frage in Erwägung zu ziehen, ob der Schenker für den Fall seiner Genesung eine »in rem actio« habe; und nun soll er plötzlich dies bei Seite gelassen und dem Revocationsgrunde des Vorversterbens des Beschenkten sich zugewandt haben!

Der Detentor kann den Ersatz der Impensen fordern, zu welchem Behufe ihm die »exceptio doli« der Vindication gegen-

über zusteht. Wenigstens wird L. 14 D. h. t. vielfach als von unserer »species« handelnd angesehen,[1]) wenngleich es auch wiederum Manche gibt, die sie auf die Resolutivbedingung beziehen.[2]) Wir sind der Ansicht, dass Ulpian in L. 29 D. h. t., auf die wir noch näher zurückzukommen haben, nicht so »schüchtern«, »zögernd« und »zaghaft« aufgetreten wäre, wenn er sich auf Julian's Vorgang hätte berufen können. Uebrigens ist der »casus« dieser Stelle nicht ganz klar zu stellen; auf Grund des Vorhandenen lassen sich besonders, da wir auf Seiten der vindicirenden Partei eine Mehrheit von Personen uns zu denken haben, mehrere Fälle construiren. S. Schulin a. a. O.

§ 42. Die sofortige Eigenthumsübertragung, die »alia species« der L. 2 cit., ist der bedeutend häufigere Fall, wie wir im Allgemeinen bereits in § 37 erwähnten.[3]) Der Grund ist nicht der, dass jede Bedingung wie ein anderes Factum bewiesen werden muss (Riesser a. a. O. No. I § 9 S. 45) — denn diess könnte, auch wenn es richtig wäre, nur für die Beweislast im Falle des Streites in Frage kommen — sondern der, dass eine Verfügung eben eher in ihrer Reinheit und Einfachheit getroffen als mit Nebenbestimmungen versehen wird. Bezüglich unserer Lehre sprechen mit mehr als genügender Deutlichkeit dié Ll. 13 pr. 19, 23, 26, 30, 33, 35 § 3, 39, 44

---

[1]) So Riesser über Resolutivbedingungen (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. II. No. VIII. § 12. S. 308 und 309); Windscheid, Voraussetzung § 9 No. 94. S. 152; Fitting, zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht (Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. II. No. V. § 18. S. 247; Czyhlarz a. a. O. § 15. S. 95. A. 18; Schulin, über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 101.

[2]) z. B. Wächter de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis § 17. S. 122; Bolley a. a. O. § 7 No. XII S. 70, der die Klage für eine rei vindicatio utilis hält; Sell, bedingte Traditionen § 33. S. 228, und Ihering, passive Wirkung der Rechte (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. X. No. 8. S. 575.)

[3]) S. auch Hasse a. a. O. II. S. 331 und Savigny a. a. O. IV. § 170. S. 247. Sofortige Bestellung bezw. Uebertragung finden wir auch bei den Servituten, z. B. beim Niessbrauche, als das häufigere, da sonst nicht schlechthin das commodum medii temporis (L. 3 § 3 D. 32) auch in Betracht käme.

D. h. t., L. 12 D. 12, 4, L. 38 § 3 D. 22, 1, L. 19 D. 12, 1. Auch bezüglich anderer ähnlicher Rechtsinstitute kann diess bemerkt werden, so z. B. statuiren bezüglich der »dotis constitutio« L. 8 D. 23, 3 und L. 1 § 2 D. 41, 9 diese Präsumtion für den sofortigen Eigenthumsübergang. Es geht also Erxleben bedeutend zu weit, wenn er diese Erscheinung bei der »mortis causa donatio« auf die augenblickliche Vermögensvermehrung zurückzuführen versucht (a. a. O. II. § 9 S. 162 und 163); bei der »dotis constitutio« nämlich ist dasselbe Verhältniss gegeben, dieselbe Begründung jedoch unmöglich (vgl. a. a. O. A. 20).

Auf diesen Fall bezieht sich auch L. 1 pr. D. 39, 5, soweit sie von der »mortis causa donatio« spricht; das »donatio sub condicione solvitur« braucht nicht irre zu machen; denn »condicio« wird sehr oft in uneigentlicher Bedeutung gebraucht, die Gleichstellung mit den Worten »hac mente« in § 1 zeigt dies.

Als Anfechtungsmittel für den Fall der Vereitelung der Schenkung dienen die Condiction und die »actio praescriptis verbis«. Die Condiction ist diejenige »ob causam datorum«. Von dieser handelt T. 12, 4 der Digesten, woselbst in L. 12 von der »mortis causa donatio« die Rede ist, und in L. 35 § 3 D. h. t. wird der Gewährung der Condiction sogar ausdrücklich der Beisatz hinzugefügt »quasi re non secuta«. Wir haben uns desshalb in § 29 gegen Unterholzner und Vangerow gewandt, soweit diese die Zuständigkeit der »condictio ob causam datorum« angriffen. Andererseits halten wir es nach dem in den §§ 19—22 Dargelegten auch nicht mit Denjenigen, die wie Liebe Stip. § 28 S. 356 und 357 wegen Genesung des Schenkers und Vorversterbens des Beschenkten die »condictio causa data causa non secuta«, »ob mutatam voluntatem« dagegen die »condictio sine causa specialis« zulassen, und wir construiren ebensowenig mit Retes opuscula Lib. II. sectio 3 (Meermanni thesaurus VI. S. 143 ff.) und Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften Heft I. eine eigene »condictio ex capite poenitentiae«; denn die Condiction greift gleichmässig wie in den beiden anderen Fällen Platz, weil die Schenkung vereitelt wurde; mit der Reue selbst steht sie nicht in directem Zusammenhange.

Die »actio praescriptis verbis« soll (in ähnlichem Falle)

in L. 18 § 1[1]), ferner in L. 30[2]) und L. 42 pr. D. h. t.[3]) gegeben sein.

Jedoch die Klage der L. 18 § 1 cit. wird nicht schlechtwegs »actio praescriptis verbis«, sondern nur »in factum actio« genannt; die »in factum actio« kann aber auch eine »praetoria« sein und wird von Liebe (Stipulation § 32 S. 389) und Erxleben (a. a. O. II. § 7 S. 105 A. 57) auch als eine solche aufgefasst, von Letzterem deutlicher als eine durch den Prätor wieder hergestellte Klage aus der delegirten Forderung bezeichnet. Uns scheint diess wahrscheinlicher zu sein als die Rückforderung eines auf dem Wege der Delegation übertragenen »nomen« durch die »actio praescriptis verbis«.

In L. 30 cit. begegnet uns ebenfalls keine »praescriptis verbis actio«. Warum aber sollte sie hier, der gewöhnlichen Bezeichnung entgegen, »utilis actio« genannt werden? Die herrschende Meinung erklärt desshalb diese »utilis actio« für eine »utilis in rem actio«.

Wir werden hierauf in Bälde zurückkommen müssen; deshalb glauben wir uns hier kurz fassen zu dürfen. Gewöhnlich wird diese Stelle nämlich gemeinschaftlich mit der ihr vorangehenden L. 29 erörtert; dies scheint uns auch das Richtige zu sein. Wegen dieses Zusammenhanges nun wird die »utilis actio« als »utilis in rem actio« gedeutet.[4])

Die Glosse las sogar im Texte »utilem in rem actionem«; ebenso lautet die Lesart Haloanders, und mehrere Handschriften haben denselben Text.[5])

Auch in L. 42 pr. cit. wird die »praescriptis verbis actio« nicht ausdrücklich bezeichnet, sondern es wird hier von einem

---

[1]) Schweppe P. V. § 749. S. 423 A. 1. Mackeldey P. § 542 not. g. Mühlenbruch P. VI. § 772 A. 20. Seuffert P. III. § 649. Not. 4. Puchta P. § 72. not. d. Savigny a. a. O. IV. § 171 not. f. Heimbach a. a. O. S. 714. Keller Inst. § 339. S. 350. Windscheid P. II. § 369 No. 3 sub L. a. Unger a. a. O. VI. § 77. A. 9.

[2]) Haubold a. a. O. c. 3. S. 466; Schweppe a. a. O.; Puchta a. a. O.; Savigny a. a. O.; Heimbach a. a. O.; Fitting a. a. O. § 75. A. 157.

[3]) Huschke, kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. II. N. F. No. VI. § 11. S. 203. Vangerow P. I § 139 A. II, 5.

[4]) Z. B. Keller a. a. O. S. 349, Windscheid a. a. O. N. 4, Unger a. a. O. A. 10.

[5]) Vgl. hiezu auch Keller Institutionen § 339. S. 349; Erxleben a. a. O. II. § 7. S. 105. A. 57.

»bonae fidei judicium« gesprochen; dass aber darunter die vorgenannte Klage zu verstehen sei, ist nicht unbestritten. S. hierüber Keller, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XII Nr. XII S. 407—410, der die verschiedenen von ihm aufgezählten Meinungen glücklich bekämpft. Er selbst hält dies »judicium« für die »fiduciae actio« (S. 412), die auf Rückübertragung des Eigenthums gerichtet ist. Muss aber die Seja klagen, um (durch Remancipation) wieder Eigenthümerin zu werden? Kann sie sich nicht auch mit der ihr gesetzlich gewährten Usureception begnügen? Ein Stillschweigen der Stelle über diesen Punkt ist also sicherlich gerechtfertigt. Was weiter Keller's Meinung betrifft, so ist ferner zu berücksichtigen, dass mit der Mancipation auch »pactum und actio fiduciae« im justinianischen Rechte bereits veraltet sind. Wie aber das »bonae fidei judicium« im Sinne der Compilation zu verstehen sei, erfahren wir von Keller nicht. Desshalb wird in neuester Zeit gewöhnlich die »praescriptis verbis actio« angenommen. Aber auch da herrscht keine Einigkeit. Während Huschke und Vangerow die Klage von Seiten der Seja anstrengen und die Kinder des Titius im Laufe des Streites zu einer Cautionsforderung gelangen lassen, wird nach dem Dafürhalten Schulin's (Publiciana S. 71) die Klage von den Kindern des Titius angestellt. Dies scheint uns das Richtige zu sein. Als Vindicanten sollen die »heredes Lucii Titii« auftreten, die jedenfalls, da nicht das Gegentheil gesagt ist, mit den »liberis Titii« identisch sind. Dem gegenüber berechtigt uns Nichts, bezüglich des »bonae fidei autem judicio constituto« an einen Wechsel des Subjectes zu denken. Von der Vindication und der dieser entgegenstehenden »exceptio doli« wird im Futurum gesprochen, sonst aber stets im Praeteritum. Es wird also nicht, wie Vangerow meint, nach beendigter Vindication von der Seja das »bonae fidei judicium« gegen die Kinder des Titius angestellt. Worauf soll sich dasselbe auch beziehen, da doch ihr Eigenthumsanspruch abgewiesen wurde? Wir meinen, dass die Erben des Titius die Vindication lediglich in Erwägung ziehen, wegen der möglichen Opposition der »exceptio doli« jedoch davon abstehen und mit der »praescriptis verbis actio« klagend auftreten. Geklagt wird auf Stellung einer Caution. Dass die »praescriptis verbis actio« hiezu geeignet ist, wird wohl kaum bezweifelt werden. Klagegrund ist der mit Titius abgeschlossene Vertrag; eine Klage auf Erfüllung desselben ist noch nicht gegeben; wohl aber

kann Sicherstellung bezüglich der Erfüllung verlangt werden, vgl. übrigens L. 41 D. 5, 1. Die Seja soll Caution stellen, »se bona cum moreretur filiis Titii restituturam« (Schulin S. 70). Dies ist aber nicht eine »cautio usufructuaria«, wie Schulin S. 71 meint; denn diese, die weiter geht, und nur vom Eigenthümer auf Grund seines Eigenthumes gefordert werden kann, unterliegt derselben Schwierigkeit, wie die Vindication.

Wir können also die »praescriptis verbis actio« unserer Stelle nicht für hier einschlägig erachten. Obwohl sie sich demnach nie in Anwendung auf die »mortis causa donatio« vorfindet, so wird sie doch kaum ausgeschlossen werden können.[1]) Denn der Uebereignung kann eine auf Rückgabe lautende Beredung beigefügt werden, und auf die Erfüllung dieser »lex dationis« geht unsere Klage. Doch wird sie der Condiction gegenüber nie so recht in Gebrauch kommen und dies wird wohl auch der Grund sein, warum wir sie in unserem Titel vermissen.

Bezüglich einiger nebensächlicher Fragen ist noch zu bemerken, dass die Condiction auch die Früchte miteinbezieht,[2]) dass sie trotz freiwilliger unentgeltlicher Veräusserung nicht hinfällig wird[3]) und bei entgeltlicher Veräusserrug entweder den Werth der Sache (»ipsum servum«) oder den Kaufpreis, je nachdem was günstiger ist, zum Objecte haben kann.[4])

Den Fall, da dem Beschenkten wegen culposen Verhaltens die Sache abhanden gekommen ist, finden wir in den Quellen nicht besonders entschieden. Daher muss dahingestellt bleiben, ob hier die Condiction in analoger Anwendung der L. 39 D. h. t. zum Ziele führt; unbedingt verneint kann es wohl nicht werden. Jedenfalls aber steht hier die »actio praescriptis verbis« als subsidiäre Klage nach L. 17 § 1 sq. D. 19, 5 zu.

Falls eine fremde Sache geschenkt wurde und sämmtliche Usucapionsrequisite gegeben sind, kann der Beschenkte die Sache ersitzen[5]) mit dem Erfolge, dass das Recht des früheren Eigenthümers an der Sache völlig untergeht, das Verhältniss der beiden Parteien jedoch in Nichts geändert wird. Der Be-

---

[1]) Anders Liebe, Stipulation § 28 S. 356 und Voigt a. a. O. S. 726.
[2]) L. 12 D. 12, 4, L. 38 § 3 D. 22, 1.
[3]) L. 39 D. h. t., L. 4, L. 56 D. 24, 1.
[4]) L. 19, L. 37. § 1. D. h. t.
[5]) L. 13 pr., L. 33 D. h. t.

schenkte kann nicht geltend machen, dass er vom wahren Eigenthümer erworben habe; sein Autor ist nach wie vor der Schenker, der ihm eben Eigenthum nicht hatte übertragen können, jedoch sein an die Stelle desselben getretenes Recht (Usucapionsbesitz) übertragen hatte. Sprechen also schon äussere Gründe für die Zulässigkeit der Condiction auch in diesem Falle, so werden dieselben noch dadurch unterstützt, dass in Folge des »scire posse sibi condici« auch der »animus« des Usucapienten die Condiction Seitens des Schenkers unmöglich ausschliessen kann.

§ 43. Allein beide Arten, die Wirkung des Mittels von der Erreichung des Zweckes in gewisser Weise beeinflussen zu lassen, haben ihre Schattenseiten. Die Trennung von Detention und Eigenthum zieht, insbesondere Dritten gegenüber, manch Missliches nach sich, und den Einfluss der Nichterreichung des Zweckes in die Obligation zu verlegen, kommt einer Beschränkung der Rechte des Schenkers gleich, da dieser statt seines dinglichen Rechtes nur mehr einen obligatorischen Anspruch gegen den Beschenkten für sich hat, also sowohl dem Beschenkten gegenüber in anderer Lage sich befindet, als auch insbesondere gegen Dritte kein Recht geltend machen kann. Geholfen wäre, wenn sich ein Modus finden liesse, der trotz Uebergang des Eigenthums auf den Beschenkten die Rechte des Schenkers wahren würde. Das römische Recht besitzt nun ein solches Mittel; es ist diess das »sub condicione solvere« das zugleich bei Vornahme des Geschäftes festgesetzt wird. Die spätere Doctrin nannte diess »condicio resolutiva«, wir sprechen demzufolge von Resolutivbedingung. Es wird also Eigenthum auf den Beschenkten übertragen, doch nur so, dass dasselbe mit Eintritt der Resolutivbedingung von selbst wieder an den Schenker zurückfällt, wie wenn es nie von ihm gewichen wäre; das Eigenthum des Beschenkten ist also nur provisorischer und interimistischer Art, da es sonst ohne Tradition nicht zum Schenker zurückkehren könnte. Doch ist zu bemerken, dass das römische Recht diess Institut erst spät und nur langsam zur Entwickelung brachte. Am ersten geschah diess beim Consensualcontracte des Kaufes; zugleich ist damit der häufigste Anwendungsfall der Resolutivbedingung gegeben. Die Eigenthumsübertragung ihrer causa (der venditio) anzupassen, war nur ein Schritt. Schwieriger war diess bei der »mortis causa donatio«, die hiezu weniger Vorschub leistete. Desshalb geht

Ulpian, der hier neuernd vorgeschritten zu sein scheint, sehr zögernd zu Werke, wie die Ausdrücke: »potest defendi« und das steigernde »adhuc quis dabit« der L. 29 D. h. t. zeigen. Dass diese zögernden Worte sich nur auf den Zweifel beziehen, ob hier das Dasein einer Resolutivbedingung angenommen werden kann, nicht auf die Folgen, welche die wirkliche Beifügung einer Resolutivbedingung hat, lehrt bereits Scheurl, Nebenbestimmungen § 31 S. 128.

Nur directe Wiederauflösung können wir als Folge der eingetretenen Resolutivbedingung bezeichnen; denn das Erwachsen eines Anspruches auf Beseitigung der eingetretenen Folgen oder eines Exceptionsrechtes, wenn das wiederaufzuhebende Recht nur in einem Forderungsrechte bestand, ist kein »resolvitur«.[1]) Deshalb finden wir diese Art, die Wirkung des Mittels von der Erreichung des Zweckes abhängig zu machen, hier nur bei der »datio« vor, wie sie auch bei dieser nur Bedürfniss ist; bei den übrigen Hilfsgeschäften ist es unmöglich; denn die Form bedarf zu solch directer Beseitigung wieder der Form;[2]) vom »pactum de non petendo« aber gilt: »in pactis factum versatur«[3]) und »quicquid facti est« kann nicht direct beseitigt werden und »inconditionabile est«.[4]) Wenn Czyhlarz a. a. O. § 12. S. 76 u. 77 und Schulin, Resolutivbedingungen und Endtermine S. 76—80 trotzdem eine resolutivbedingte Stipulation anerkennen, so liegt der Grund darin, dass sie den Kreis des »sub condicione solvitur« eben zu sehr erweitern; dass in L. 44 § 2 D. 44, 7 die »condicio«, trotzdem sie eine »exceptio pacti conventi vel doli mali« bewirkt, als »non efficax« bezeichnet wird, spricht unseres Erachtens eher für die hier vertretene Meinung.[5]) Von uneigentlicher Resolutivbedingung[6]) kann wohl gesprochen werden, wenn man sich dabei nur erinnert, dass das Uneigentliche, Unechte eben keine Art des Eigentlichen und Echten ist.

---

[1]) S. auch Brinz P. § 335. S. 1495.

[2]) L. 100 D. 50, 17; vergl. L. 35 eod., L. 46 D. 41, 2, und L. 80 D. 46, 3.

[3]) L. 27 § 2 D. 2, 14.

[4]) Leibnitz, specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum theorema 51 (opp. omnia ed. Genf 1768 Tom. IV Pars III p. 139).

[5]) Ueber diese Stelle s. auch Römer, die bedingte Novation § 26 S. 335 ff.

[6]) Die Genealogie dieser Bezeichnung s. bei Fitting, Zeitschrift für Handelsrecht II. a. a O. § 17 S. 243 ff.

Auf jeden Fall aber wird die Resolutivbedingung, wenn sie bei der Stipulation nur ein Exceptionsrecht zu erzeugen im Stande ist — und weiter gehen Czyhlarz und Schulin nicht — für uns bei der »mortis causa donatio«, da sie keine neue Erscheinung des Abhängigkeitsverhältnisses darbietet, unbeachtet bleiben müssen, während wir andererseits nur in der Bewirkung directen Rückfalles bei der Eigenthumsübertragung den Grund ihrer Anwendung hier finden.

Für diese directe Wirkung war auch stets die herrschende Meinung und ist es auch heute noch, trotzdem es derselben nie an Widerspruch fehlte[1]) und trotzdem in der letzten Zeit die Zahl der Opponenten stets zugenommen hat. Dazu kommt noch, dass Manche derjenigen, die den directen Eigenthumsrückfall als im römischen Rechte gegeben anerkennen, ihn de lege ferenda verwerfen.[2])

Wir können es nicht als unsere Aufgabe betrachten, auf die Prüfung der gegnerischen Gründe uns näher einzulassen; wir beschränken uns lediglich darauf, darzuthun, dass eine auf die »mortis causa donatio« bezügliche Stelle (L. 29. D. h. t. in ihrem 2. Theile) einen solchen »ipso jure« eintretenden Eigenthumsrückfall constatirt und dass dies als Zeugniss für die herrschende Meinung und gegen die Dissidenten beigebracht werden kann. Denn ist dies bewiesen, so kann die Stelle nicht anders aufgefasst werden. Man mag über L. 2 C. 8, 54 (55) denken, wie man will, auf jeden Fall beweist Vat. fr. 283 nach allgemeiner Erklärung,[3]) dass zu den Zeiten Diocletians eine solche directe Wirkung des einer Eigenthumsübertragung hinzugefügten Endtermines nicht anerkannt war. Ausserdem verlangt die »mortis causa donatio« überhaupt keinen Endtermin, sondern eine sog. »revocatio ex tunc«, wie die in Bezug auf die Restitution der in der Zwischenzeit gewonnenen Früchte und Accessionen getroffenen Bestimmungen[4]) offenbaren. Dasselbe spricht auch gegen die Meinung, welche mit Eintritt der

[1]) Grund mag vielleicht sein, dass Manche die Anwendung der (direct wirkenden) Resolutivbedingung über Gebühr ausdehnten.

[2]) So z. B. Ihering, Geist des römischen Rechtes III. 1 § 55 S. 202 A. 265.

[3]) Anders s. Ihering, über passive Wirkung der Rechte (Bd. X. seiner Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes N. VIII. S. 577 A. 231).

[4]) L. 12 D. 12, 4, L. 38 § 3 D. 22, 1.

Resolutivbedingung Eigenthum ohne jegliche, auch obligatorische Rückwirkung neu anfallen lässt. Nur die Hauptfrage bezüglich der »res« selbst wird in L. 29 cit. behandelt, deshalb legen auch wir uns dieselbe Beschränkung auf.

Unter Denjenigen, die gestützt auf L. 20 C. 2, 3, L. 11 D. 50, 17 und L. 31 pr. D. 41, 1 behaupten, dass die Resolutivbedingung durch ihren Eintritt eine blosse Obligation auf Rückgabe erzeugt, führen wir an: Beloius, zum Theil auch Duarenus, dann Vasquius, Just. Henning Boehmer, Pothier, Hellfeld, Malblanc, Riesser, Treitschke, Brackenhöft, Engelmann, Schulin, Czyhlarz, Hölder, Adickes.[1])

Aber auch von diesen sehen sich Manche gezwungen, bei der »in diem addictio« wenigstens eine Ausnahme zuzulassen.

Die von der herrschenden Meinung als Belegstellen angeführten Quellenaussprüche, wie L. 41 pr. D. 6, 1, L. 1, L. 4 § 3 D. 18, 2, L. 3 D. 20, 6, L. 9 D. 39, 3, L. 8 D. 18, 3, L. 1, L. 4 C. 4, 54, werden von den genannten Schriftstellern so interpretirt, dass entweder der erfolgte Eigenthumsübergang oder die Einräumung einer »rei vindicatio directa« geläugnet, oder endlich der Ausspruch des Juristen so hingestellt wird, als ob er nicht das Verhältniss der beiden Parteien unter sich, sondern zu dritten Personen regeln wollte.

---

[1]) Petrus Beloius, varia juris civilis lib. II. c. 3. § 1 ff. (Meermanni thesaurus Bd. IV. S. 684 ff.); Franciscus Duarenus, opp. omnia Vol. III. c. 2 ad T. 18, 3; Fernandus Vasquius, controversiarum usu frequentium lib. III. c. 50 Nr. 2 und c. 69 Nr. 2 ff.; Just. Henning Böhmer, exercitationes ad Pandectas ex. IV. (de verbis directis et obliquis) § 32; Pothier, Pandectae Justinianeae Nr. 8 T. 18, 3; Hellfeld, jurisprudentia forensis §§ 1004 und 1010; Malblanc, principia juris Romani § 266; Riesser, über Resolutivbedingungen (Zeitschrift für Civilrecht und -Prozess Bd. II. Nr. 1. S. 1 ff. und Nr. VIII. S. 270 ff.); Treitschke, der Kaufcontract § 50, S. 180 und § 90, S. 321; Brackenhöft, der Zustand der bedingten Obligation (Zeitschrift für Civilrecht u. -Prozess) N. F. Bd. IX. (Nr. V und VI) §§ 16 und 17, S. 175 ff.); Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römischen Rechte; Schulin, de rebus sub resolutiva in diem addictionis vel commissoria lege venditis, und Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine S. 62 ff., S. 80 ff.; Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung § 8; Hölder, Kritik über Schulin's letztgenanntes Werk (Kritische Vierteljahrsschrift Bd. XVIII. Nr. IX. S. 175 ff.); Adickes, zur Lehre von den Bedingungen S. 41 ff.

§ 44. Sämmtliche Versuche kehren bei unserer Stelle wieder, unterstützt noch durch einen Theil Derjenigen, welche die directe Wirkung der eingetretenen Resolutivbedingung zwar anerkennen, doch auf die »mortis causa donatio« nicht oder nur widerwillig erstrecken wollen.

Deshalb glauben auch manche der vorcitirten Schriftsteller, auf diese Lex keine Rücksicht nehmen zu brauchen.

Doch betrachten wir zuvor den Text der Stelle. An die Eingangsworte, auf die wir bereits in § 41 Bezug nehmen mussten (si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum an habeat in rem actionem), schliesst sich der Fall, den wir zuerst einer Betrachtung unterzogen, nämlich, dass die Eigenthumsübertragung bis zum Tode des Schenkers aufgeschoben wird; sodann fährt Ulpian fort: si vero sic (sc. quis donavit) ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est; sed et si morte praeventus est is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori. L. 30. D. h. t., zwar einem anderen Buche des Edictscommentars Ulpian's entnommen (sie ist aus dem 21. Buche, L. 29 aus dem 17.), doch von den Compilatoren in richtiger Würdigung derselben offenbar zur Ergänzung der L. 29 hieher gesetzt, behandelt den dritten Vereitelungsgrund mit den Worten: Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem vel utilem actionem habet.

Wie erwähnt, stehen der Opposition drei Wege zur Verfügung, den Eigenthumsrückfall in dieser Stelle zu läugnen. Aber auch Diejenigen, die einen gemeinsamen Pfad einschlagen, gelangen selten zu einer Verständigung untereinander.

Czyhlarz a. a. O. § 15, S. 92 geht davon aus, dass Ulpian hier von der Uebertragung einer »res mancipi« zu blos bonitarischem Eigenthum spreche und hält es für eine Neuerung Ulpian's, hier dem Schenker und Inhaber des »nudum jus Quiritium« statt der Condiction die »rei vindicatio« mit Replik gegen eine etwaige Exception zu geben. Wie Czyhlarz die Stelle von dem Standpunkte der Compilation auffasst, wird weiter unten zu besprechen sein; hier genüge der Hinweis darauf, dass dann die Gegenüberstellung mit »interim autem ei cui donatum est« unverständlich bleibt, da die »Publiciana« des Bonitariers und die »vindicatio« des Inhabers des »nudum jus Quiritium« sich nicht von vorne herein in solchem Masse aus-

schliessen. Ausserdem bezweifeln wir, dass dieser Modus in dem Grade ein neuer war, wie Czyhlarz S. 93 ihn hinstellt.

Auch Scheurl, Nebenbestimmungen § 67 S. 237 versteht die Stelle im Sinne ihres Autors von der Uebergabe einer »res mancipi« zu blos bonitarischem Eigenthum, überträgt jedoch, ein Verfechter des Eigenthumsrückfalles, die Streitfrage, ob hier Resolutivbedingung oder »datio ob causam« vorliegt, auch ins vorjustinianische Recht.

Brusselius, de conditionibus lib. II. tit. 4 c. 4, lässt Eigenthum deshalb nicht übergehen, weil bis zum Tode die »mortis causa donatio« nur eine »causa conditionalis«, ein »titulus conditionalis« ist und deshalb wegen Mangels eines Titels Eigenthum nicht übergehen kann. Wie will Brusselius dann die so oft erwähnte Condiction erklären? Er lässt eben ausser Acht, dass auch eine »causa futura« zum Eigenthumsübergange genügt.

Die Uebrigen lassen den Sectenstreit der Cassianer und Proculejaner hier hereinspielen. So Schirach (Archiv für civilistische Praxis, Bd. II. Nr. 31, § 2, S. 300); die Cassianer hielten die »mortis causa donatio« für eine gewöhnliche Schenkung, liessen Eigenthum schon vor dem Tode des Schenkers übergehen und gaben die Condiction; die Proculejaner vertheidigten die Legatsnatur der »mortis causa donatio« und gaben dingliche Klage; ob Schirach hiebei die »rei vindicatio directa« oder »utilis« meint, bleibt unklar; doch lässt seine übrige Ausführung auf die erstere schliessen. Dass aus L. 35 § 3 D. h. t. auf einen solchen Sectenstreit nicht geschlossen werden kann, haben wir in § 35 angedeutet. Das »nec dubitaverunt Cassiani« will vielleicht nur sagen, dass die Proculejaner es disputabel fanden, oder unschlüssig den Sabinianern erst nachfolgten (Hasse a. a. O. II. S. 332 u. 333); Savigny a. a. O. IV. § 171 not. c. und Heimbach a. a. O. S. 714. A. 17. z. B. deuten die Worte »nec dubitaverunt« so, dass trotz der sonstigen Meinungsverschiedenheiten über die Zulässigkeit der Condiction kein Zweifel bestand. Und wenn auch diese Stelle der L. 29 entgegengesetzt werden soll, kann Paulus nicht auch der individuellen Ansicht Ulpian's gegenüber auf die Lehrmeinung des Cassius und seiner Anhänger sich berufen, weil diesen Ulpian gewöhnlich folgte, und weil auch sie gewöhnlich für die Ausdehnung des Gebietes der Resolutivbedingung waren. Doch können wir uns nicht verhehlen, dass die Worte »repeti possit« gegenüber der in eine bessere Lage versetzenden Vindi-

cation nicht so recht am Platze wären; vielleicht kommt die Meinung Erxleben's, der an die Gegenüberstellung einer älteren und strengeren Ansicht denkt (a. a. O. II § 9, S. 165), der Wahrheit am nächsten; die genaue Aufzählung der Competenz unserer Condiction spricht gewiss nicht dagegen, sondern eher dafür.

Um uns wieder auf den Standpunkt Schirach's zurückzubegeben, so ist hinzuzufügen, dass es befremdend wäre, nach Beilegung dieses Streites demselben in der Compilation noch so breitspurig zu begegnen, ein Befremden, das noch dadurch gesteigert wird, dass entgegen der Neigung der L. 4 C. h. t. der sofortige Eigenthumsübergang das bedeutend Häufigere ist. Ausserdem ist aber zu bemerken, dass Ulpian, der so als Vorkämpfer der Proculejaner erscheinen würde, anderswo (in L. 67 § 1 D. 50, 16) die »mortis causa donatio« ebenso gut »donatio« nennt, wie die »non mortis causa donatio«, und dass Paulus, der Verfechter der sabinianischen Lehrmeinung, in § 2 R. S. III. 7. die »mortis causa donatio« erst mit dem Tode des Schenkers convalesciren lässt.

Im Uebrigen deuten schon die Worte der Stelle selbst »ut jam nunc haberet, rederet, si convaluisset« im Vergleiche mit dem Vorhergehenden auf sofortigen Eigenthumsübergang hin; sie wollen offenbar nichts Anderes besagen, als das »ut statim fiat« der L. 2 D. h. t. Es würde sogar Ulpian mit sich selbst in Widerspruch gerathen, da er in L. 11 pr. D. 24, 1 die Unmöglichkeit eines sofortigen Eigenthumsüberganges als eine Specialität der »mortis causa donatio« unter Ehegatten aufzählt. (S. Schulin Publiciana S. 72.)

Auf demselben Standpunkte steht auch Mascov de sectis Sabinianorum et Proculejanorum c. 9. § 25; Ulpian gab vom Standpunkte der Proculejaner aus dem Schenker jedem Dritten gegenüber die »rei vindicatio« direct (L. 29), dem Beschenkten gegenüber »utiliter« (L. 30). Abgesehen davon, dass hier eine Unterscheidung in die betreffenden Stellen hineingetragen wird, von der dieselben keine Spur verrathen, so wäre die Voraussetzung der »rei vindicatio utilis« denn doch der Eigenthumsübergang.

Während Schirach und Mascov eine Erklärung des Passus »interim autem ei cui donatum est« schuldig bleiben, versuchen Branchu observationes ad jus Romanum Bd. I. c. IV. S. 23 und 28 und Engelmann a. a. O. § 8 S. 72—76 eine solche zu geben. Nach Engelmann ist die Verneinung

des Eigenthumsüberganges eine individuelle Ansicht Ulpians, die nur von geringer Autorität sein kann; nach dem von Engelmann auf Seite 73 Gesagten wäre jedoch gerade diese Ansicht die folgerichtige. Nach Branchu citirt Ulpian in L. 29 nur die Meinung der Proculejaner, während er selbst, wie aus L. 30 hervorgeht, einer Mittelmeinung huldigte und die »condictio« mit der »rei vindicatio utilis« concurriren liess. Für welche der drei Meinungen haben wir uns zu entschliessen, da sämmtliche in die Compilation aufgenommen wurden? Branchu fährt fort: Die der »mortis causa donatio« hier beigefügte Resolutivbedingung wirkt ähnlich der bedingten »ademtio legati« als Suspensivbedingung; wegen der Retrotraction derselben wird schon in der Zwischenzeit dem Beschenkten die »rei vindicatio utilis« gegeben. Abgesehen davon, dass hier (auch nach Branchu) von einer Resolutivbedingung der »mortis causa donatio« ebenso wenig gesprochen werden kann, als das Vorversterben des Legatars oder repudiatio des Erben eine Resolutivbedingung des Legats ist, könnten wir uns mit diesem Resultate nur dann befreunden, wenn gewöhnlich Derjenige, dem unter einer Suspensivbedingung Eigenthum übertragen wurde, befugt wäre, die »rei vindicatio utilis« anzustrengen.

Nach Engelmann S. 76 und 77 ist die »rei vindicatio utilis« des Beschenkten der Klage des Erbpächters, Zeitpächters, Superficiars und Käufers »in diem« gleichzustellen: hiegegen s. Schulin Publiciana S. 73.

§ 45. Es sind also sämmtliche Anhänger dieser Ansicht nicht im Stande, die Worte: »interim autem ei cui donatum est« genügend zu erklären. Dasselbe gilt von Denjenigen, die zwar Eigenthum auf den Beschenkten übergehen lassen, aber eben desshalb nur die »rei vindicatio utilis« gewähren wollen. Zum Uebergang wählen wir wohl am passendsten Liebe, Stipulation § 32 S. 391.

Um der Ansicht der Proculejaner, die vor dem Tode des Schenkers Eigenthum nicht übergehen liessen, Genüge zu thun, wurde hier dem Schenker neben der Condiction auch die Vindication »utiliter« gegeben. Wir sprachen hievon bereits in § 35 und knüpften daran die Bemerkung, dass die Meinung Liebe's gleichbedeutend ist einem Uebergreifen des Besiegten

— denn die Ansicht der Cassianer gewann nach Liebe die Oberhand — in die Domäne des Siegers.

Ebenfalls, wenn auch nicht immer aus denselben Gründen, geben die »rei vindicatio utilis«: die Glosse, Bartolus, Angelus de Perusio, Rolandinus Passagerius, Roffredus Beneventanus, Covarruvias, Barbosa, Cujacius, Donellus, Duarenus, Giphanius, Faber, Treutler, Dionysius Gothofredus, Perez, Retes, Henricus Bocerus, Voetius, Zösius, Wissembach, Lauterbach, Huber, Grassus, Westenberg, Pothier, Thibaut, Schroeter, Sell, Bolley, Goeschen, Fester, Huschke, Erxleben und für das justinianische Recht auch Czyhlarz.[1]) Unter diesen ist wieder über die Passivlegitimation Streit. Während die Meisten die »utilis rei vindicatio« gegen jeden Beklagten gewähren, während sie sogar nach Donellus nur eingeführt wurde, um dem Schenker auch gegen jeden dritten Besitzer der Sache ein Klagerecht zu geben, will sie Retes gleich der »condictio« nur gegen den Beschenkten und dessen

---

[1]) Die Glosse ad h. l; Bartolus eod.; Angelus de Perusio eod.; Rolandinus Passagerius a. a. O. Pars III. No. 23; Roffredus Beneventanus quaestiones Sabbatinae qu. XI, Didacus Covarruvias a. a. O. Pars III. No. 17; Petrus Barbosa a. a. O. No. 85; Cujacius Tractatus II. ad Africanum ad L. 23 D. h. t. und Recitationes sollemnes ad L. 19 D. 12, 1, Donellus a. a. O. lib. 14. c. 33. §§ 10 und 11; Franciscus Duarenus vol. III. c. 6 ad D. 12, 4; Hubertus Giphanius a. a. O. ad L. 29. cit.; Anton Faber a. a. O. dec. 44 err. 10. und dec. 47. err. 8; Hieronymus Treutler a. a. O. vol. II. disp. 19. thes. 9. lit. g; Dionysius Gothofredus in seinen Noten ad h. l.; Anton Perez praelect. ad C. 8, 57, No. 7; Joseph Fernandez de Retes, opuscula lib. II. sectio II. c. 5. No. 6. (Meermanni thesaurus VI. S. 129 und 130) und de donationibus cap. 17 N. 5 (ebenda S. 631); Henricus Bocerus de donationibus methodicus tractatus c. 5 No. 6; Johann Voetius commentarius ad Pandectas § 3 ad T. 39, 6; Zösius commentarius ad Digesta No. 4 T. 39, 6; Johann Jakob Wissembach disputatio XIV ad Instituta imperialia th. 7; Lauterbach collegium theoretico-practicum § 39 T. 39, 6; Ulrich Huber praelect. § 2 I. II, 7; Michaelis Grassus de reditu dominii legali § 30 No. 3, 4, 5; Westenberg principia juris § 14 T. 39, 6; Pothier Pandectae Justinianeae T. 39, 6 art. 4 No. 19; Thibaut P. II § 909 und Archiv für civilistische Praxis Bd. 16 S. 414 und 415; Schröter a. a. O. S. 104; Sell bedingte Traditionen § 33 S. 228–231; Bolley a. a. O. § 7 No. XII S. 70; Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht § 543 II (anders § 220 No. 1); Fester de mortis causa donatione § 10 S. 13; Huschke a. a. O. S. 203; Erxleben a. a. O. II § 7 S. 107; Czyhlarz a. a. O. § 15 S. 95.

Erben zulassen, weil sonst unverständlich wäre, warum sie in L. 37 § 1 D. h. t. unerwähnt blieb, während sie gerade hier wie sonst nie am Platze gewesen wäre.

Doch die Gewährung der »rei vindicatio utilis« neben der Condiction ist eine Begünstigung und es ist desshalb nach deren Grund zu forschen; dazu kommt, dass von den Zeiten der Glosse an mit Widerspruch Weniger bis zum Beginne dieses Jahrhunderts die »rei vindicatio utilis« als der Ausfluss eines »dominium utile« betrachtet wurde, auf das alle Regeln des Eigenthums, also auch L. 20 C. 2, 3 Anwendung fanden; von dieser Seite aus standen also der »rei vindicatio utilis« dieselben Bedenken wie der »rei vindicatio directa« entgegen.

Eine richtige Begründung der »rei vindicatio utilis« im Allgemeinen gibt Roffredus Beneventanus, der dem Schenker diese Klage »ratione prioris dominii« einräumt. In der Glosse machten sich verschiedene Ansichten geltend; die vorherrschende und besonders durch Bartolus zur allgemeinen Geltung gelangte, war die, dass die Gewährung dieser Klage ein »speciale beneficium« wegen der Aehnlichkeit mit dem Legate ist. Doch sollte man meinen, dass, wenn einmal Eigenthum übergegangen ist, die Aehnlichkeit mit dem Legate, abgesehen, dass sie hier zu weit ausgedehnt ist, die Art der Rückforderungsklage nicht beeinflussen kann. Dennoch hielt sich diese Meinung lange und wurde auch dadurch nicht erschüttert, dass Cujacius das Nebeneinander der condictio und rei vindicatio utilis auf einen Streit der Proculejaner (so dürfte wohl statt Sabiniani zu lesen sein) und Cassianer zurückführte, der durch Ulpian in L. 30 cit. beigelegt worden sein soll; denn man brachte damit, wie wir theilweise bereits gesehen haben, den Streit der Juristen in Verbindung, ob die »mortis causa donatio« sich mehr nach der Seite des Legats oder der »simplex donatio« neigte.

Faber und Retes geben die »rei vindicatio utilis« aus Billigkeitsgründen. Thibaut und Sell sind der Ansicht, dass hier, trotzdem nur eine unechte Resolutivbedingung (»redderetur«) vorliegt, die Eigenthumsklage gegeben wurde, dass dieselbe aber nur »utiliter« gegeben werden konnte, weil man sie durch diese »unjuristische Mischung« (Thibaut) weit über ihre strengen Grenzen hinaus ausdehnte.

Erxleben lässt hier Ulpian wegen der bedingenden Natur der Voraussetzung einen Versuch machen, auch den unmittel-

baren Rückfall des Eigenthums zu statuiren. Für den Versuch der Neuerung sprechen die zaghaften Ausdrücke »potest defendi« und »adhuc quis dabit«, die Benennung der Klage als »utilis actio« und die Unterlassung der Anwendung derselben im Falle der L. 37 § 1 D. h. t., wo sie von ganz besonderem Vortheile wäre. Abgesehen davon, dass von der Voraussetzung auch mit bedingender Natur bis zur reinen Bedingung immerhin noch ein grosser Schritt ist, so bleibt auch die Aufnahme eines Versuches, der Versuch blieb und desshalb als misslungen zu betrachten ist, in die Compilation ein Räthsel. Ferner drängt sich dabei die Frage auf, warum nicht Ulpian das Gleiche bei der ähnlichen »dotis datio« versuchte, von der er doch in L. 7 § 3 D. 23, 3 ebenso ausführlich handelte.

Czyhlarz glaubt, dass für das justinianische Recht »nichts Anderes übrig bleibt«, als diese »in rem actio« als eine »utilis in rem« anzusehen. Das heisst aber, auf eine Erklärung für das justinianische Recht, auf das es denn doch besonders ankommt, Verzicht leisten; zugleich wirft es aber auch ein Streiflicht auf die Interpretation für das vorjustinianische Recht, da die Stelle dann als Theil des Ulpianischen Edictscommentars einen durchaus anderen Sinn hätte, denn als Theil der Compilation.

Allein ausser dem Beweise, dass die »rei vindicatio utilis« bei der »mortis causa donatio« zulässig ist, muss auch noch eine innere Begründung derselben aus der vorliegenden Stelle selbst geschöpft werden. Hier will man nun aus der »utilis actio« der L. 30 folgern, dass auch diese »in rem actio« nur utiliter gegeben werde, so die Glosse, Bartolus, Cujacius, Donellus, Giphanius, Anton Faber, Grassus, Erxleben und Czyhlarz. Es lässt sich nun zwar sehr wohl denken, dass dem genauer Bezeichneten ein minder präcisirtes Aehnliches folgt: schwerlich aber das Gegentheil.

Allein nicht nur, dass der Text der Stelle keinen Beweis für die »rei vindicatio utilis« bildet, er gibt sogar einen Beweis gegen dieselbe ab. Dies hat besonders Ihering, Jahrbücher für Dogmatik Bd. I S. 124, hervorgehoben. Es wird hier dieselbe Klage, wie im ersten Falle der Stelle und zwar ohne einen Zusatz gegeben. Hätte Ulpian mit dem allgemeinen Ausdrucke »in rem actio« etwas Anderes bezeichnen wollen, als mit dem vorhergehenden »vindicare«, so hätte er das Gegensätzliche zum Ausdrucke bringen müssen, und es wäre in Folge dessen die genauere Bezeichnung nöthig gewesen.

Ferner würde nach dem Wortlaute der Stelle (interim autem ei cui donatum est) die Klage des Beschenkten während der Zwischenzeit ebenfalls die »rei vindicatio utilis« sein, während derselbe doch Eigenthümer geworden ist; es wird denn auch diese Klage des Beschenkten von den Anhängern dieser Ansicht allgemein als die directe Vindication anerkannt; damit wird aber das richtige Verhältniss zerstört; denn wie die Construction des Satzes und die Symmetrie mit dem ersten Theile andeutet, ist hier von einem Gegensatze nur der Klagberechtigten, nicht auch der Klagen die Rede. Dass Ulpian eben deshalb nur allgemein von »in rem actio« sprach, um beide Arten unter die eine Bezeichnung bringen zu können, lässt sich wohl kaum annehmen. Was der Stil dadurch an Eleganz gewann, das hätte der gesammte Ausspruch an Deutlichkeit und Klarheit verloren. Und gerade hier war die Beobachtung dieser Regeln Seitens Ulpians wegen seiner Neuerung oder jedenfalls vielbestrittenen Ansicht (»defendi potest«) eine Pflicht gegen sich selbst und die durch seine Darstellung zu Ueberzeugenden. Warum schliesslich spricht hier Ulpian nicht auch vom Widerruf aus Reue, wenn sich dieser von den beiden anderen nicht unterschied?

Auch Schulin (Publiciana S. 79, Resolutivbedingung und Endtermin S. 99 ff.) gewährt dem Schenker eine »utilis vindicatio« gegen den Beschenkten, geht aber sonst seinen eigenen Weg. Er versteht die »in rem actio« der Stelle von der Publiciana in rem actio, die nur gegenüber einem dritten berechtigten Besitzer, obwohl auch hier formell begründet, zu keinem Resultate führt, der aber gegen die »exceptio dominii« gegebenen Falles eine auf die Restitutionspflicht des Eigenthümers gegründete wirksame »replicatio« zur Seite steht.

Es fällt jedoch diese Lösung mit dem von Schulin in seiner ersten Schrift S. 2—7 aufgestellten und gegen die mehrfachen Angriffe in seinem späteren Werke S. 99 und 100 A. 144 vertheidigten Begriffe der Publiciana actio von selbst zusammen.[1])

Auch wir finden trotz aller Achtung vor dem in dieser Schrift geistvoll durchgeführten Gedanken die Competenz der

[1]) Vergl. hierüber Brinz, kritische Vierteljahrsschrift Bd. 16 No. IX. Z. 5 S. 251—255 und P. (neue Auflage) I. § 178 S. 715; Huschke, das Recht der Publicianischen Klage S. 23 S. 35 ff.; Hölder, kritische Vierteljahrsschrift Bd. 18 No. IX. S. 196 und Karlowa a. a. O. S. 104 und 105 A. 1.

Publiciana dadurch über die Maassen ausgedehnt. Eine solche actio würde einen grossen Theil der Forderungsklagen überflüssig machen; denn die Beweislast wäre im concreten Falle stets eine sehr leichte und vom Gegner vollständig unabhängige. Besonders ist dagegen zu bemerken, dass der freiwillig Veräussernde der Usucapionsbefugniss sich begibt; so spricht denn auch Gajus IV, 36 von amissa possessione und Justinian (I. IV. 6. § 4) setzt voraus »si ejus rei casu possessionem amiserit«. Was unsere Stelle speciell anlangt, so wäre wohl die Publiciana nicht so allgemein der vorhergehenden Vindication gegenüber als »in rem actio« bezeichnet worden, wäre ferner nicht einzusehen, warum Ulpian auch bezüglich der dem Beschenkten in der Zwischenzeit zustehenden Klage nur die Publiciana und nicht auch die Eigenthumsklage nennt und warum Ulpian so schüchtern spricht, während er doch nur ein allgemein anerkanntes Princip zur Anwendung bringt.

§ 46. Die Schriftsteller, welche unter die dritte oben aufgezählte Kategorie fallen, stehen zwar ebenfalls auf dem Boden der »rei vindicatio utilis«, unterscheiden sich aber in ihrer Begründung total von den eben Vorgeführten. Hier sind zu nennen: Riesser a. a. O. S. 313; Windscheid, die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung, § 5 Nr. 48 S. 66, und Adickes, zur Lehre von den Bedingungen, § 3 S. 47 und 48.

Doch hat Riesser diese Ansicht nur als eine eventuelle geäussert. („Hielte man es demungeachtet für nöthig, die Meinung des Ulpian auf irgend eine Weise mit dem Inhalt aller übrigen Stellen zu einem gemeinsamen Resultat zu vereinigen, so kann das nur so geschehen, dass man u. s. w.") Windscheid hat P. I. § 90 A. 4 seine Ansicht später widerrufen; in letzter Zeit hat sie Adickes mit einer Modification wieder aufgenommen.

Alle drei sprechen von einer auf Rechtsvorschrift beruhenden Cession der dem Beschenkten im Augenblicke der Revocation gegen einen Dritten zustehenden Vindication an den Schenker; Riesser von der gesetzlichen Cession überhaupt, Windscheid von der durch Condiction erzwungenen, Adickes von einer ipso jure erfolgenden »Cession«.

Diese Ansicht hat ihren Grund wohl darin, dass deren Vertreter hier die Klage nicht als blosse Repräsentantin des

Rechtes auffassen, sondern an einen concreten Fall denken, in dem die Geltendmachung des Rechtes nöthig geworden ist. Wir haben bereits in § 41 bezüglich des ersten Theiles dieser Stelle ausgesprochen, dass dem gerade nicht so sein muss. Hier zeigen sogar die Eingangsworte, die Betrachtung zweier verschieden gelagerter Fälle, die sorgfältige Aufzählung der verschiedensten »pericula«, dass eine mehr theoretische Arbeit vorliegt. Im Verlaufe derselben zieht Ulpian auch die Klagen des Beschenkten in der Zwischenzeit in Betracht, bietet also mehr, als er versprochen hat, was nur lobenswerth ist. Nach Adickes aber behandelt er eine andere Frage als nach seinen Eingangsworten zu schliessen ist. Diess kommt einem Vorwurfe gleich und es wäre demnach schon im Interesse der Concinnität der Stelle, diese Ansicht zu verwerfen. Allein es sind noch andere Bedenken vorhanden. So wie von Adickes unsere Stelle aufgefasst wird, wäre sie ein Analogon zu L. 37 § 1 und L. 39 D. h. t.; hier wäre Uebertragung zur Detention oder Besitzesverlust eine nothwendige Voraussetzung, wie dorten Veräusserung der geschenkten Sache von Seiten des Beschenkten. Während jedoch in den beiden anderen Stellen der »casus« deutlich und genau erzählt wird, bleibt er hier dunkel, und besonders des dritten Besitzers, gegen den doch die Klage gerichtet ist, wird mit keinem Worte Erwähnung gethan. Als fernere auffallende Erscheinung kommt hinzu, dass dann Ulpian hier zuvor von der cedirten Klage spricht und erst dieser mit »interim autem« die eigentliche und selbstständige anfügt. Dadurch allein, dass in erster Linie die dem Schenker zustehenden Klagen erörtert werden sollen, liesse sich eine solche Umstellung, ein solches Auseinanderreissen des Gedankenzusammenhanges doch wohl nicht rechtfertigen; denn ehe in die Höhe gebaut werden soll, muss das Fundament gelegt sein.

§ 47. Aber auch von Denjenigen, die Eigenthum auf den Beschenkten übergehen lassen und trotzdem hier im Revocationsfalle die »rei vindicatio directa« gewähren, schreiben Manche diesen Eigenthumsrückfall nicht der Wirkung der Resolutivbedingung zu. Paulus de Castro ad h. l. und Gomez variae resolutiones Bd. II. c. 4. No. 20 finden den Grund in der Natur der letztwilligen Verfügung, wie ja auch ohne Tradition Eigenthum übergeht. Nicht nur, dass diese Schlussfolgerung nicht richtig ist, sie fällt

auch nach unserer Auslegung der L. 2 D. 6, 2 von selbst zusammen.

Riesser a. a. O. S. 310 ff. und Voigt a. a. O. S. 726 stellen die Gewährung der directen Vindication (Voigt: »annullirende« statt »rescindirende« Wirkung der Resolutivbedingung) als einen vereinzelten und erfolglos gebliebenen Versuch Ulpian's hin, »in den Folgerungen aus der Natur des Legats einen Schritt, oder eigentlich einen halben Schritt weiter zu gehen« (Riesser S. 312). Es ist desshalb nach Riesser auf »diese einzelne furchtsame Aeusserung eines Paradoxons« keine Rücksicht zu nehmen. Warum wurde sie aber in die Compilation aufgenommen? Was Riesser eventuell empfiehlt, haben wir bereits gesehen. Nach Voigt verstanden die Compilatoren unter der »in rem actio« die »rei vindicatio utilis«. Warum bezeichneten sie dann dieselbe nicht genauer, um das Missverständniss zu verhüten, als ob die Meinung Ulpian's ihre Billigung erhalten habe?

Die herrschende Meinung jedoch betrachtet den hier gegebenen Eigenthumsrückfall ohne solchen beschränkenden Zusatz als Folge der Resolutivbedingung. So Vinnius, Haubold, Schweppe, Mackeldey, Wening-Ingenheim, Wächter, Mühlenbruch, Seuffert, Hasse, Zimmern, Müller, Puchta, Vangerow, Savigny, Sintenis, Unterholzner, Keller, Heimbach, Arndts, Fitting, Pagenstecher, Unger, Ihering, Windscheid, Brinz, Koeppen und für das justinianische Recht auch Scheurl.[1])

---

[1]) Vinnius in quatuor libros institutionum commentarius § 1 I. II. 7; Haubold a. a. O. c. 3 S. 467; Schweppe P. V. § 749 S. 423 A. 1; Mackeldey § 542a not. g; Wening-Ingenheim a. a. O. III. § 457 not. n; Wächter a. a. O. § 17 S. 121 und 122; Mühlenbruch P. III. § 772 N. 19; Seuffert P. III. § 649 N. 4; Hasse a. a. O. II. S. 334 A. 167; Zimmern, über Resolutivbedingungen (Archiv für civilistische Praxis Bd. V. H. 2 No. IX. S. 249 und 250); Müller, civilistische Abhandlungen Bd. I. S. 316—321; Puchta P. § 72 not. d; Vangerow P. II. § 561 a. E.; Savigny a. a. O. IV. § 171 S. 253—255; Sintenis das gemeine Civilrecht II. § 109 A. 10; Unterholzner, die Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen II. § 307 I. 3 E; Keller, Institutionen § 339 S. 348 und 349; Heimbach a. a. O. S. 714; Arndts P. § 589 A. 2; Fitting, Rückziehung § 75 A. 157; Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum III § 12. S. 159; Unger a. a. O. VI. § 77 A. 10; Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik Bd. I. S. 125 und

Allein wenn dies ohne alle Unterscheidung hingestellt wird, wie es noch meistens geschieht, so stehen dem gewichtige Bedenken im Wege, hergenommen davon, dass in vielen Fällen der Jurist dem Schenker ohne Besinnen die Condiction zuweist,[1]) während doch Vindication und Condiction gegenseitig einander ausschliessen;[2]) denn entweder ist dann ein »dominium plurium in solidum« constituirt, weil der Vindicant ebenso wie der mit der Condiction Belangte Eigenthümer sein muss (Riesser a. a. O. S. 312. A. 2) oder es müsste der Schenker wählen können, ob er Eigenthümer sein will oder nicht. (Adickes a. a. O. S. 48.)

Mit derselben Schwierigkeit hatten auch die früheren Vertheidiger der »rei vindicatio utilis« zu kämpfen, da nach ihren Begriffen vom »dominium utile« auch diese Klage der Condiction widersprach. Zur Begründung dieser Erscheinung wies Bartolus ad L. 1 D. 39, 5 darauf hin, dass die »rei vindicatio utilis«, weil sie nur »ex speciali beneficio« gegeben werde, ausser Stande sei, die »generalis condictio« auszuschliessen. Andere (Glosse ad h. l.) halten die Condiction für die »condictio possessionis«. Doch warum finden wir dieselbe hier so häufig und fast als Regel vor, während wir ihr sonst nur sehr selten, beim Kaufe in ähnlichen Fällen nie begegnen? Wieder Andere unterscheiden desshalb, je nachdem Quantitäten (Fungibilien) oder Species geschenkt wurden. So besonders Azo.

Unter den gleichen Gesichtspunkt fällt die Zulässigkeit der Condiction bei verbrauchter Sache. (Savigny a. a. O. IV. § 171 S. 255.) Allein abgesehen davon, dass dies, das gewiss nicht die Regel bildet, von Paulus in L. 35 § 3 cit. nicht hervorgehoben wird, spricht er in L. 38 § 3 D. 22, 1 ausdrücklich von einem »fundus«, Ulpian in L. 37 § 1 D. h. t. von einem »servus«, also von Sachen, die nicht verbraucht werden können, und demnach auch nicht durch Consumtion in's Eigenthum des Beschenkten übergehen. Desshalb spricht Savigny a. a. O. not. d. mit Bezug auf die ersteren Stellen davon, dass das ältere Recht, bei dessen Buchstaben Paulus stehen blieb, hier die un-

---

Bd. X. S. 575; Windscheid P. I. § 90 A. 4 und II. § 369 A. 3; Brinz P. § 328 S. 1462; Köppen a. a. O. § 5 S. 263 A. 248; Scheurl, Nebenbestimmungen § 67 S. 237.

[1]) L. 35 § 3, L. 37 § 1 D. h. t., L. 12 D. 12, 4, L. 38 § 3 D. 22, 1, L. 52 § 1 D. 24, 1.

[2]) G. IV. 4; § 14 I. IV. 6, L. 12 D. 7, 9.

mittelbar zurückkehrende Vindication noch nicht anerkannte, während Ulpian die vollständigere Entwicklung des Rechts-Instituts ausdrückt. Aber auch dann bleibt auffällig, dass Ulpian selbst in L. 37 § 1 D. h. t. statt der Vindication des Sklaven dem dritten Besitzer gegenüber die Condiction gegen den Beschenkten gibt. Keller a. a. O. bringt den erhöhten Zweifel in den letzten Worten der L. 29 hiemit in Zusammenhang; darnach trat Ulpian betreffs der Gewährung der Vindication gegen die Universalsuccessoren in hohem Grade unsicher auf und es muss dahin gestellt bleiben, ob er sie gegen Singularsuccessoren überhaupt gestattete. Uns aber scheint es eine Durchbrechung des Principes zu sein, die nur auf dem dinglichen Rechte beruhende Vindication wegen eines persönlichen Verhältnisses des zu Beklagenden zu verweigern.

Savigny muss zugestanden werden, dass die Resolutivbedingung nur allmählig Eingang in die römische Jurisprudenz fand. Allein aus dem Justinianischen Gesetzbuche hätten dann die Aussprüche derjenigen Juristen, die noch auf dem Boden des alten Rechtes standen, entfernt bleiben müssen oder es wären wenigstens einige Abänderungen nöthig gewesen. Weil dem aber anders ist, so haben wir diese Verschiedenheit der Klagen vielleicht auch noch auf einen anderen Grund zurückzuführen.

Haben wir das Wesen der von uns an zweiter Stelle behandelten Art des Verhältnisses von Mittel und Zweck darin gefunden, dass hier nur einfach in Beziehung auf die »causa« hingegeben wird, ohne nähere Bestimmung dessen, was im Falle der Vereitelung derselben geschehen soll, so unterscheiden sich die beiden anderen Arten von derselben dadurch, dass sie durch ausdrückliche Verabredung der Parteien festgesetzt werden. Es entspricht dies auch vollständig der Natur der Resolutivbedingung; von ihr gilt dasselbe, wie von jeder eigentlichen »condicio«; sie muss ausdrücklich gesetzt werden. S. z. B. L. 1 D. 18, 2; L. 2 D. 18, 3 »ut fundus inemtus sit«; L. 41 pr. D. 6, 1 »ut ab emtione recedatur«.

Dass bei der »in diem addictio« und »lex commissoria« nur der Kauf ausdrücklich in solcher Weise resolutiv bedingt wird und nicht auch die Uebereignung, hat seinen Grund darin, dass eben im Zweifel diese nach der Natur ihrer »causa« sich richtet. Hier aber ist die »causa« nicht resolutiv bedingt; es muss demnach die Bedingung der Eigenthumsübertragung ausdrücklich beigefügt werden.

Der Ausdruck »redderetur« thut Nichts zur Sache; denn die herrschende Meinung hat als richtig erkannt, dass gleichgiltig ist, ob verba directa oder obliqua gebraucht werden; es kommt nur darauf an, ob die Parteien beabsichtigen, dadurch eine Bedingung zu setzen. Vgl. den Ausdruck »recedatur« in L. 41 pr. D. 6, 1.

Mit Rücksicht hierauf gehören die Verabredungen der Ll. 13 und 35 § 4 D. h. t. nicht hieher; denn hier geht die Intention der Parteien nicht auf Uebertragung zu lediglich interimistischem Eigenthum, sondern auf theilweisen Verzicht der Revocation.

Doch ist die Uebertragung zu lediglich provisorischem Eigenthum, wie sie Folge einer beigefügten Resolutivbedingung ist, nur eine ausnahmsweise, nicht bei jeder Uebereignungs-Causa zulässig. Wir finden deshalb mehrere Quellenstellen, in denen trotz Vereinbarung der Rückgabe die Condiction gegeben wird; s. die bei Riesser a. a. O. S. 28 und 29 citirten u. a. m. Von denjenigen, die bei Riesser gefunden werden, sind übrigens L. 7 § 3 und L. 8 D. 23, 3 zu streichen; die erstere Stelle enthält durchaus keine Worte, die auf eine Vereinbarung der Rückgabe schliessen lassen; die zweite will den darauf hindeutenden Passus, wie das »credendum est hoc agi« beweist, nicht als ausdrückliche Verabredung aufgefasst haben. Ferner ist wohl offenbar, dass die Abmachungen in L. 2 D. 12, 6 und L. 9 pr. D. 12, 4 einer anderen Absicht entspringen, als derjenigen, den durch die Eigenthumsübertragung geschaffenen Zustand zu einem blos provisorischen zu machen.

Der Erkenntniss, dass unsere Klage gerade die Folge der auf Rückgabe zielenden Verabredung ist, hat schon die Glosse Ausdruck gegeben, indem sie die »utilis rei vindicatio« »ex vi pacti« gab; doch identificirte sie dies »pactum« mit den Verabredungen der L. 35 § 4 D. h. t. Ausserdem treffen wir solche Hinweise auf eine besondere Verabredung nur bei den Schriftstellern der neueren Zeit, so z. B. bei Müller a. a. O. Dieser lässt Ulpian wegen des Ausdruckes »redderetur« zweifeln; für die unzweifelhafte Resolutivbedingung hätten wir aber dann in den Quellen keine Anwendung, während sie doch in Wirklichkeit öfters vorkommen musste, wenn Ulpian hier sogar an eine Ausdehnung derselben auf einen zweideutigen Ausdruck denken konnte. Mitunter aber wird auch da noch die Anwendung der Resolutivbedingung zu sehr erweitert. Dies geschieht

unseres Erachtens von Fitting, Ihering und E. A. Seuffert, wenn sie (a. a. O.) bei den vertragsmässigen und als solchen anzusehenden Widerrufsgründen allgemein die Vindication gewähren, beim gesetzlichen Widerrufsgrunde der Reue dagegen auf die Condiction verweisen. Von dieser Scheidung der Widerrufsgründe haben wir bereits in § 26 gesprochen. Hier ist noch zu bemerken, dass die Beredung der Partei, soll sie als Resolutivbedingung wirken, auf die betreffenden Thatsachen und Umstände nicht nur als Widerrufsgründe, sondern als Eigenthumsrückfall bewirkende Widerrufsgründe speciell gerichtet sein muss. Eben weil hier das Vorhandensein der Resolutivbedingung immer noch zu allgemein angenommen wird, stehen dieser Ansicht dieselben Schwierigkeiten im Wege, wie der hauptsächlich von Savigny vertretenen; denn L. 12 D. 12, 4, L. 38 § 3 D. 22, 1, L. 52 § 1 D. 24, 1, L. 35 § 3 D. 39, 6 und L. 37 § 1 D. eod. handeln nicht vom Widerrufe aus Reue, sondern von demjenigen wegen Convalescenz des Schenkers und Prämorienz des Beschenkten. Auch Brinz führt die retrotractive Behandlung auf das ausdrückliche Geding der Rückgabe zurück (P. § 328 S. 1462); doch scheint er die Stelle fast zu sehr zu beschränken, ebenso wie sie von den eben genannten Schriftstellern eine ihr nicht gebührende Verallgemeinerung erfährt. »Wozu dies ausdrückliche Geding? denkt Ulpian; condictio stund ohnedies zu; wahrscheinlich wollte der Schenker anstatt der blossen Rückforderung unmittelbaren Rückfall, d. h. speciell für die Eigenthumsübertragung eine Resolutivbedingung aufgestellt haben.« Uns scheint Ulpian nicht erst durch das ausdrückliche Geding oder gar erst im Verlaufe seiner Darstellung des Sachverhaltes auf die dingliche Klage gekommen zu sein, wir glauben vielmehr, dass es Ulpian von Anfang an daran gelegen war, zu zeigen, dass bei der »mortis causa donatio« in gewissen Fällen trotz sofortiger Uebereignung dem Schenker die Vindication zustand. Dafür spricht der erste Satz unserer Stelle, der gleichsam einen Wegweiser abgibt, und die gesammte Behandlungsweise, die wir bereits besprochen haben. Wozu hätte Ulpian einen zweiten Widerrufsgrund herbeiziehen sollen, wenn wir einen concreten Fall vor uns haben, und der Schenker sich nicht hierauf bezog, umsomehr als hier das ausdrückliche Geding der Rückgabe fehlte? Allerdings ist es nicht selten, dass die Juristen in ihrem »responsum« auch andere naheliegende Fragen zum Gegenstande ihrer Unter-

suchung machen, doch nie ohne eine Ueberleitung, z. B. me movet etiam u. s. w.

§ 48. Der Schlusspassus der L. 29 zeigt uns, dass Ulpian die ausdrückliche Vereinbarung, wenn sie einmal eingegangen war, nicht auf den einzelnen darin vorgesehenen Widerrufsgrund beschränkte, sondern ausdehnte, soweit es möglich war, hier auf den Fall der Prämorienz des Beschenkten.

Dass Ulpian dies von einer Ausdehnung bezüglich der Passivlegitimation verstand, haben wir, als wir Keller's Ansicht besprachen, in Rücksicht auf die rechtliche Natur der Vindication überhaupt zurückgewiesen. Dagegen spricht auch, dass die nunmehrigen Beklagten, die Erben des Beschenkten, unerwähnt bleiben, während mit der Anführung eines weiteren Vereitelungsgrundes an das Voranstehende angeknüpft wird. Weil Ulpian dadurch noch um einen Schritt in der Neuerung weiter geht, tritt er auch hier wieder nur schüchtern auf (»adhuc quis dabit«). Vom Widerrufe aus Reue dagegen spricht er nicht; ausserdem dass wir, da die Reue in der Rückforderung der gegebenen Sache sich manifestiren kann, dazu kämen, durch die Anstellung der Eigenthumsklage selbst den Eigenthumsrückfall bewerkstelligen zu lassen, widerstrebte es offenbar den Römern, ein dingliches Recht in Folge Willensänderung Desjenigen, der es eingeräumt hat, wieder beseitigen und zerstören zu lassen. Es wird ja auch von Manchen der Umstand, dass im Gegensatze zur »in diem addictio« beim »pactum displicentiae« die vom Käufer in der Zwischenzeit bestellten Pfandrechte nicht »ipso jure« untergehen (L. 3. i. f. D. 20, 6), hierauf zurückgeführt. [1]) Doch wird für diesen Fall dem Schenker die Vindication »utiliter« gegeben (L. 30 eod.), indem fingirt wird, dass der Kläger dem Beklagten gegenüber seines Eigenthums sich nicht begab.

Ueber die Natur der »rei vindicatio utilis« ist viel Streit. [2])

---

[1]) So z. B. von Cujacius, observationes lib. 24 c. 36; Thibaut, über die Wirkungen des Eintretens auflösender Bedingungen (Archiv für civilistische Praxis Bd. 16 S. 389); Sell, bedingte Traditionen § 32 S. 225 und 226.

[2]) S. hierüber Ihering, Jahrbücher für Dogmatik I. S. 101 ff.; Windscheid, die actio des römischen Civilrechtes S. 214—221 und P. I. § 174 N. 9; Kindervater, Jahrbücher des gemeinen Rechtes Bd. 6 Nr. IX; Arndts P. § 145 A. 3; Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum III. S. 22 ff.; Vangerow P. I. § 332 A. 3 Nr. III. Z. 2; Schmid, die Grundlehren der Cession II. § 33 S. 337—339; Schulin, Publiciana.

Ein einheitliches Princip, das für alle Fälle der »rei vindicatio utilis« in gleichem Grade gilt, lässt sich wohl kaum aufstellen. Jede ficticische Klage ist eine Erweiterung der Anwendung der reinen Klage; diese Anwendungsfälle aber brauchen nicht alle nach einem Zuschnitte zu sein, werden vielmehr in verschiedener Gestaltung je nach dem practischen Bedürfnisse auftauchen. Die »rei vindicatio utilis« des Mündels (L. 2 D. 26, 9) und des Soldaten (L. 8 C. 3, 32) ist von denjenigen der Anderen grundverschieden; ebenso verlangt die »rei vindicatio utilis« des früheren Eigenthümers eines auf fremden Boden verpflanzten Baumes (L. 5 § 3 D. 6, 1) oder einer bemalten Tafel (L. 9 § 2 D. 41, 1; G. II. 78; § 34 I. II, 1) eine andere Behandlung als unser Fall, und auch die Klage der Ehefrau auf die mit dem von ihr geschenkten Gelde angeschafften Waaren (L. 55 D. 24, 1) ist von der Klage des Schenkers auf Restitution des Hingegebenen dem Ausgangspunkte und Klagsobjecte nach zu trennen. Analoga zu unserem Falle bieten uns L. 1 C. 8, 54 (55) und L. 15 C. 5, 3. Das Princip derselben ist in der ersteren dieser beiden Stellen ausgesprochen mit den Worten: »qua dominium pristinum tibi restituatur«. Wir übersetzen dies nach Windscheid a. a. O. S. 217 und Kindervater a. a. O. S. 349 in folgender Weise: »eine Klage, in welcher, d. h. durch deren Verleihung von Seiten des Prätors, das verlorene Eigenthum wieder hergestellt wird.« Ist also diese Klage gegeben, so wirkt sie dinglich. Da sie jedoch in sämmtlichen drei Stellen stets in Verbindung mit der Condiction genannt wird, so ist wohl die Vermuthung gerechtfertigt, dass auch sie, ebenso wie die Condiction, nur gegen den Beschenkten gerichtet werden kann; hier ist eben anders wie beim Falle des Mündels oder des Soldaten das persönliche Verhältniss der beiden Parteien das Massgebende; die Restitutionspflicht auf passiver Seite ist die Voraussetzung der Rescission; einem anderen Beklagten gegenüber wird also der Prätor diese Klage »causa cognita« denegiren. Auf diese Weise kann auch der bereuende Schenker in ähnlichem Falle wie der genesende ein dingliches Recht auf den Schenkungsgegenstand geltend machen, was — auch dem Beschenkten gegenüber — manche Vortheile mit sich bringt. Unsere Stelle spicht zwar allgemeiner, doch ist nicht einzusehen, warum in gewöhnlichen Fällen nur für den bereuenden Schenker Rescission Platz greifen sollte und nicht auch für den genesenden.

§ 49. Die Schenkung »obligando« kann auf mehrfache Weise bewirkt werden. Soll durch die Schenkung ein neues Forderungsrecht des Beschenkten an den Schenker entstehen, so dient hiezu das einfache Versprechen und die Stipulation; soll ein bereits bestehendes Forderungsrecht des Schenkers auf den Beschenkten übertragen werden, so geschieht dies durch die Delegation und die Cession. In unserer Darstellung hier beschränken wir uns jedoch nur auf die Erstere, die häufiger vorkommt; denn die Anwendung auf die Cession ergibt sich aus dem, was sonst über die Rechtsgeschäfte, welche die Schenkung bewirken, gesagt wird, im Zusammenhange mit dem Wesen der Cession von selbst.

Von der Verschaffung eines Forderungsrechtes durch einfache Consenserklärung gilt für das heutige Recht nichts Besonderes und von der Regel Abweichendes; wohl aber für das Recht der Compilation. Denn da das »pactum« nicht an und für sich obligatorische Kraft hat, sondern nur als Schenkung, sei es »inter vivos«, sei es »mortis causa«, und die Perfection der »mortis causa donatio« nicht mit dem Abschlusse des Vertrages zusammenfällt, vielmehr trotz desselben ausbleiben kann, so ist das »pactum« bis dahin nicht im Stande, obligatorisch zu wirken und vermag diess im Falle der Vereitelung der »mortis causa donatio« überhaupt nicht. Die Natur dieser Vereinbarung als »pactum vestitum, pactum legitimum« steht und fällt mit der Rechtsgiltigkeit der Schenkung von Todeswegen.

Dem regelmässigen Verhältnisse begegnen wir wieder bei der Stipulation; denn diese bildet für sich allein ein Rechtsgeschäft. Dass die Beifügung einer Resolutivbedingung hier unmöglich ist, haben wir in § 43 gesehen; die anderen beiden Wege sind zulässig; es wird in den Quellen kein Anhalt geboten, die eine Art der Abhängigmachung hier auszuschliessen, wie diess manchmal gewollt wird. In früherer Zeit z. B. hatte sich hierüber ein lebhafter Streit entsponnen zwischen Joseph Fernandez de Retes und dessen Schüler Joseph Argaiz; s. Retes de donationibus c. 17 No. 7—12 (Meermanni thesaurus VI. p. 635—637). Der Erstere geht davon aus, dass eine solche »stipulatio« weniger als »condicionalis« sei, weil Reue statthaft ist und weil eine auf das Belieben des eventuell Verpflichteten gestellte Obligation überhaupt keine Obligation ist und kommt zu dem Schlusse, dass dem Beschenkten erst mit dem Tode

des Schenkers ein Forderungsrecht zusteht; der Leztere läugnet ebenfalls die Eigenschaft der Bedingtheit, geht jedoch nach der anderen Richtung, indem er behauptet, dass eben deshalb sofort eine Obligation entstehe, die nur später wieder beseitigt werden könne.

Ob aus der von uns in § 15 citirten Stelle des Festus entnommen werden kann, dass hierüber bereits unter den römischen Juristen eine Meinungsverschiedenheit sich ausgebildet hatte, ist zweifelhaft; wir meinen, dass eine andere strittige Frage in dieser Stelle berührt ist.

Die Begründung sowohl von Retes als auch von Argaiz ist keine besonders glückliche zu nennen; sehen wir nur auf das Resultat, so liegt hier wohl die Wahrheit, wie so oft, in der Mitte. Beides ist möglich, keines ist ausschliesslich. Dass wir in den Quellen hauptsächlich der puren Stipulation begegnen, hat seinen Grund darin, weil diess auch hier, wie gewöhnlich, das häufigere ist, ohne dass, wie bei der Tradition, der Schenker sich zugleich eine gewisse Entbehrung aufzuerlegen hat. Wir finden diess in L. 52 § 1 D. 24, 1 und in L. 76 D. 23, 3, wo nicht über die Zulässigkeit der Condiction im Allgemeinen, sondern bezüglich des ohnehin dospflichtigen Vaters gezweifelt wird. L. 34 D. h. t. muss auf beiden Seiten ausser Betracht bleiben, da hier der Fall besonders gelagert ist.

Ein »argumentum de taciturnitate« scheint uns sehr bedenklich und da Nichts gegen die Möglichkeit ist, dass das Klagerecht aus der Stipulation bis zur Perfection der »mortis causa donatio« aufgeschoben wird, wohl aber Manches, wie wir später sehen werden, dafür, so sind wir unbedingt für die Annahme dieser Möglichkeit.

In diesem Falle bedarf es der Rechtsgiltigkeit der »mortis causa donatio«, damit die Klage überhaupt zuständig sei; andernfalls steht sie sofort zu, kann jedoch durch die Opposition der »exceptio doli« elidirt werden, so lange die »mortis causa donatio« noch nicht rechtsgiltig ist oder sobald deren Vereitelung sich entschieden hat. Wenn nun auch das Resultat so ziemlich das Gleiche ist, so ist doch immerhin der Ausgangspunkt ein anderer. Nach eingetretener Revocation kann im letzteren Falle der Schenker auch agressiv auftreten und durch Anstellung einer »condictio stipulationis« den Gegner jedes Angriffsmittels berauben; bei Aufschiebung des Forderungs-

rechtes bis zur Rechtsgiltigkeit der »mortis causa donatio« ist diess natürlich nicht nöthig und, da es an einem geeigneten Klagsobjecte fehlt, auch nicht möglich.

Dass die Ungiltigkeit einer Stipulation »post mortem meam«, die erst durch Justinian aufgehoben wurde (G. III. 100; § 13 I. III, 19), die Stipulation mit sofortiger Wirksamkeit nicht berührte, ist einleuchtend; aber auch die anders geartete Stipulation fiel nicht hierunter, weil sie sofort im Augenblicke des Todes selbst, in dem ja die »mortis causa donatio« sich vollendete, also noch zu Lebzeiten des Schenkers volle Exigibilität erlangte, demnach als eine Schuld des Schenkers in die Erbschaftsmasse überging. Es liegt also der Grund weder in der sofortigen oder augenblicklichen Vermögensvermehrung des Beschenkten, wie nach Vorgang von Hasse a. a. O. S. 324 und 327 besonders Vangerow P. II. § 561. A. l. 2 und Unger a. a. O. VI. § 77. A. 11 annehmen, noch darin, dass man es nur »so betrachtete, dass der Geber verspreche, im letzten Augenblicke seines Lebens (cum moriar) Schuldner sein zu wollen«, wie Savigny a. a. O. IV. § 170 S. 249 meint, dem wiederum Heimbach a. a. O. S. 713 sich anschliesst. Haubold a. a. O. c. 3. S. 459 sagt einfach: »non tam heres obligatus, quam hereditas ipsa et bona defuncti obnoxia videbantur«, jedoch ohne Angabe von Gründen.

Die Worte »post mortem meam« wurden, das steht fest, bei einer »mortis causa stipulatio« nie gebraucht. Dass die Worte »cum moriar te vivo« das Wesen der »mortis causa donatio« treffen, und auch in solchen und ähnlichen Fällen gang und gäbe waren, beweisen L. 15 D. 40, 1, L. 76 D. 23, 3 und L. 37 § 3 D. 32. Sicher war aber auch die einfachste Bezeichnung der »causa«, der Ausdruck »mortis causa«, als Theil der Stipulationsformel zulässig. Zweifel kann hiebei lediglich die Frage erregen, ob eine solche »stipulatio adjecta causa« (Salpius Novation und Delegation § 45 S. 279) ein sofort exigibles, durch die »exceptio doli« eventuell zu elidirendes Forderungsrecht erzeugt oder ob sie die »exactio« hinausschiebt. Hierauf bezog sich unseres Erachtens der durch die Stelle des Festus unserem Andenken überlieferte Streit der römischen Juristen; desshalb wird auch wahrscheinlich von »mortis causa stipulatio« gesprochen, anstatt z. B. von »stipulatio mortis causa constituta«; Labeo vertheidigte das Letztere; die Anderen waren entgegengesetzter Ansicht; Sieger blieb Labeo, dessen Name uns genannt wird,

während die Gegner unbekannt bleiben. Auch die Form »dixerunt« im Gegensatze zum präsentischen »ait« spricht für eine solche Interpretation. Dass im Gegensatze zur Stipulation die »datio« durch Beifügung des Causalmomentes nicht als bedingt erscheint, hat seinen guten Grund; denn der Effect des Uebereignungsactes ist auf die Gegenwart berechnet, während das Ziel der Stipulation in der Zukunft liegt; der Wille desjenigen, der bei noch nicht reifer »causa«, hierauf Bezug nehmend, nicht hingibt, sondern nur verspricht, ist so zu interpretiren, als habe dieser die wirkliche Hingabe von der Perfection der »causa« abhängig machen wollen. Aehnlich s. Erxleben a. a. O. II. § 5 S. 97, und Czyhlarz das römische Dotalrecht § 41 S. 145. Hätte die Hereinziehung des Causalmomentes in die Formel nicht in dieser Weise bestimmend gewirkt, so wäre die allmählige Ausbildung, welche die »promissio dotis« erfuhr, unerklärlich; diese Stipulation ist bedingt auch ohne Erwähnung des Causalmomentes. Dass die »dotis adjectio« unnöthig ist, besagt insbesondere L. 23 D. 23, 3. Das »non necessarium« ist hier nicht die Bedingung: »si nuptiae fuerint secutae«, wie Cujacius ad librum 16 Digestorum Salvii Justiniani in L. 7 § 1 D. 12, 4 auf die Basiliken gestützt anzunehmen geneigt ist, da für die dadurch nothwendig werdende Textesänderung keine Lesart oder Handschrift angeführt werden kann, und da ausserdem die Gleichstellung der »datio dotis« damit unvereinbar wäre. S. auch Czyhlarz a. a. O. Wie man dazu kam, ist aus L. 41 § 1 D. 23, 3 in Verbindung mit L. 4 D. 2, 14 leicht zu entnehmen. Dass das eine Besonderheit ist, geht aus Allem hervor. Wäre jedoch die Wirkung der Hinzufügung des Causalmomentes als Bedingung nicht die Regel, so müsste die Reihe der Besonderheiten noch vermehrt werden; s. z. B. L. 3 § 5 D. 37, 6. L. 52 § 1 D. 24, 1 kann uns nicht entgegengesetzt werden (anders Heimbach a. a. O. S. 715 A. 35) da aus der Stelle nicht hervorgeht, dass »mortis causa« ein Bestandtheil der Formel war.

Die »mortis causa donatio« durch Beiziehung zur Stipulation (Adstipulation) in L. 11 D. 33, 4 bietet zugleich ein Beispiel der bedingten Stipulation, und zwar nicht dem Schenker, sondern einem Dritten gegenüber.

Wir werden deshalb auch bei der Delegation die Betretung dieses Weges zulassen müssen, da die Novation in bedingter Weise vor sich gehen kann (L. 14 pr. D. 46, 2). Vgl. hiemit

auch L. 2 § 2 C. h. t. (»passa est stipulari in casum mortis suae«). Doch sind uns auch hier in L. 18 § 1, L. 31 § 3 D. h. t. und L. 77 § 2 D. 31 nur solche Fälle überliefert, die das Forderungsrecht sofort auf den Beschenkten übertragen. Der Grund ist hier derselbe; eine Festigung des Zustandes der Zwischenzeit erscheint hier um so wünschenswerther, als bei der Hereinziehung einer dritten oder gar noch vierten Person in das Rechtsverhältniss, besonders für den Fall der Ausübung des Reurechtes, Schwierigkeiten entstehen könnten. Ueber die Rechtsmittel des Schenkers s. L. 18 § 1 cit. und das über deren »in factum actio« in § 42 Vorgebrachte. Bezüglich der Rückgängigmachung der Rechtswirkung der Delegation bei vereitelter »mortis causa donatio« besteht ein Verhältniss nur zwischen dem Schenker und dem Beschenkten; die Mittelsperson bleibt davon unberührt. Der beschenkte Delegatar hat entweder einfach seine Forderung gegen den Delegaten zurückzuübertragen oder zurückzuerstatten, was er vom Delegaten erhalten hat. War dieser nicht zahlungsfähig, so steht das Object der Condiction, was seinen Betrag anlangt, unter dem der delegirten Forderung. Wurde an den Gläubiger des Beschenkten delegirt, so ist Gegenstand der Schenkung und damit auch der Rückforderung »tanta pecunia, quanta a creditore liberatus fuerit«. Etwaige Insolvenz des delegirten Schuldners hat hierauf keinen Einfluss, schädigt nur den »creditor«, der gegen Erhalt dieser Forderung den Beschenkten liberirt hat. Bei bedingter Delegation kann der Beschenkte vor Existenz der Bedingung nicht klagen, wohl aber der Schenker, da er sich auf sein Reurecht berufen kann, und zur Ausübung desselben eine Denunciation an den Beschenkten nicht nöthig ist.

§ 50. Bei der »mortis causa donatio quae liberando fit« haben wir das »pactum de non petendo« und die »acceptilatio« ins Auge zu fassen.

Beim Schulderlass durch »pactum de non petendo« (L. 28 D. h. t., L. 15 pr. D. 35, 2) sind beide Arten des Abhängigkeitsverhältnisses möglich; es kann die Wirksamkeit des remissorischen »pactum« bis zum Tode des Schenkers hinausgeschoben werden, so dass nur den Erben gegenüber die »exceptio pacti« gewährt wird, oder es kann der Schenker dieselbe sofort einräumen, so jedoch, dass er sie eventuell durch die »replicatio doli« stets illusorisch machen kann. Hier wird wohl in Folge der Natur

dieses »pactum« als blossen Vertheidigungsmittels das Erstere das Gewöhnlichere sein; so auch Erxleben a. a. O. II. § 9 S. 163. Auf L. 18 § 2 D. h. t. können wir uns hiebei allerdings nicht berufen. Dazu kommt, dass Condiction eines Exceptionsrechtes unmöglich ist, so dass, auch beim »pactum in personam«, die »exceptio pacti« nach Convalescenz des Schenkers immer noch, der »replicatio doli« gegenüber allerdings ohne Erfolg, entgegengesetzt werden kann, während sonst der Schenker, ohne durch Rücksicht auf etwaige andere Umstände, wie z. B. Fälligkeit der Forderung u. s. w., gebunden zu sein, beliebig von den ihn belästigenden Folgen der Interposition der Schenkung sich befreien kann. Wir stimmen deshalb Hasse nicht bei, wenn er a. a. O. II. S. 324 und 327 dies, wenigstens indirect, als die einzig mögliche Art bezeichnet.

Die Acceptilation nimmt ihrer Natur und Form nach (imaginaria solutio § 1 I. III, 29) weder eine Bedingung noch einen »dies« (L. 77 D. 50, 17) noch sonst einen Zusatz, wie z. B. »mortis causa« an. Dass es sich bei der »dotis causa acceptilatio« anders verhalten kann (L. 43 pr. D. 23, 3), ist Folge des Umstandes, dass die Bedingung »si nuptiae fuerint secutae« auch ohne Beifügung der »causa« ergänzt wird. Wenn Cujacius »recitationes solemnes ad L. 77 D. 50, 17 behauptet, dass auch die Acceptilation »mortis causa« unter einer stillschweigenden Bedingung vor sich gehe, so hat er die Quellen offenbar nicht auf seiner Seite; weder L. 31 § 1 § 4 D. h. t. noch L. 24 und L. 35 § 6 eodem sprechen dafür. In L. 82 i. m. D. 35, 2 allerdings wird davon gesprochen, »acceptilationem in pendenti fore«; doch deutet schon das dabeistehende »eleganter dicitur« auf eine Fiction hin zum Behufe der Berechnung und des Abzuges der Falcidischen Quart.

Auf die Frage: Hast du erhalten? kann man nur mit »Ja« oder »Nein« antworten; ein Mittelding gibt es nicht. S. auch Ll. 4 und 5 D. 46, 4.

Dass eine »inutilis acceptilatio« sehr gut ein »utile pactum« sein kann (L. 8 pr. eod.), ist für diese Frage von keiner Bedeutung. Die acceptilatio wirkt also stets sofort und es bleibt nur übrig, bei Vereitelung der Schenkung von Todeswegen ihre Wirkung anzufechten. Als Mittel hiezu haben wir die Condiction (L. 24, L. 35 § 6 D. h. t.). Gegenstand derselben ist, wie besonders L. 10 D. 12, 4 zeigt, nicht das alte Forderungsrecht, sondern pecunia, nummi. Ein »recipere« der alten

Obligation, wie ein solches bei der Delegation vorkommt, ist hier unmöglich, weil sie nicht novirt und transferirt, sondern, ohne dass etwas dafür an ihre Stelle trat, vollständig getilgt ist. Der Beschenkte ist nicht um ein Forderungsrecht bereichert, sondern um die Summe, die er zur Liberirung hätte zahlen müssen, wäre diese Zahlung nicht fingirt worden. Das »transfusam« der L. 24 cit. ist daher cum grano salis zu verstehen; nur der schliessliche Effect ist der einer Novation und Transfusion.

§ 51. Bisher haben wir stets davon gesprochen, welchen Einfluss Pendenz und Vereitelung der »mortis causa donatio« auf das die Schenkung bewirkende Rechtsgeschäft ausübt. Nunmehr haben wir daran zu erinnern, dass auch die Art des Rechtsgeschäftes die Vereitelung der »mortis causa donatio« herbeiführen kann. Allerdings ist diess nur ein selten vorkommender Fall, verdient aber doch erwähnt zu werden. In L. 11 § 7 D. 24, 1 ist davon die Rede. Vollzieht sich nämlich die Eigenthumsübertragung nicht direct zwischen den Ehegatten, sondern durch Vermittelung einer »interposita persona«, so kann, wenn diese vom beschenkten Theile aufgestellt wird, auch auf sie das Eigenthum erst mit dem Tode des Schenkers übergehen; denn bei einer Schenkung unter Ehegatten geht die »alienatio« erst mit dem Tode des Schenkers vor sich, auch wenn Mittelspersonen thätig sind (L. 5 § 2 D. 24, 1). Stirbt nun der »interpositus« vor dem Schenker, so kann Eigenthum auf ihn nicht übergehen, und da dem beschenkten Ehegatten die Sache nur durch seine Vermittlung, gleichsam durch ihn hindurchgehend, übereignet werden soll (»quia debeat aliquo momento interposito [besser: interpositi] fieri et sic ad mulierem transire«), so kann auch dieser das Eigenthum nicht erwerben und »donatio evanescit« ohne Widerruf des Schenkers und ohne Vorversterben des Beschenkten. Einer neuen Errichtung der Schenkung steht allerdings Nichts im Wege; aber eben dass sie neu errichtet werden muss, ist die Folge der vorangegangenen Vereitelung.

Dass hier das Vermögenszuwendungsgeschäft die Vereitelung der Schenkung von Todeswegen bewirken soll, scheint uns eines der »vitia quae emergunt« zu sein, von denen nach Ueberlieferung Ulpians in § 2 unserer Stelle Marcellus spricht.

Nach Fitting a. a. O. § 78 A. 165 soll damit angedeutet werden, dass bezüglich der Frage, nach welchem Zeitpunkte

der Erwerb des Geschenkes sich entscheide, die Schenkung von Todeswegen von den anderen Rechtsgeschäften verschieden ist. Aber warum haben wir denn den Plural »vitia«? Ausserdem dürfte aber wohl auch die Frage aufzuwerfen sein, inwieferne die »mortis causa donatio« den Regeln der Vorwirkung widerstreitet, wenn hier die Vorwirkung der Natur der Schenkung von Todeswegen gemäss, wie auch sonst hie und da, nur als bloss objective, vorläufig noch mit keinem Rechte einer Person verknüpfte rechtliche Eigenschaft (Gebundenheit) einer Sache erscheint. Um unsererseits den Plural »vitia« zu begründen, so sei bemerkt, dass eine weitere Eigenthümlichkeit uns im Anschlusse an den Ausdruck »emergunt vitia« sogleich in § 2 entgegentritt. Denn trotzdem der »interpositus« zur Zeit der Tradition an ihn, einer fremden Gewalt unterworfen, nicht für sich erwerben kann und zur Zeit des Todes des Schenkers, da er gewaltfrei ist, die Sache bereits weitergegeben hat, erwirbt er nunmehr das Eigenthum am Schenkungsgegenstande und durch ihn die beschenkte Frau.

V. Capitel.

Von der Anwendung der Legatentheorie auf die Schenkung von Todeswegen.

§ 52. Wie die Frage, welcher Art das der rechtsgiltigen »mortis causa donatio« entstammende Rechtsverhältniss sei, zu beantworten ist, haben wir bereits dadurch angedeutet, dass wir den Charakter der Schenkung von Todeswegen als eines »mortis causa negotium« hervorhoben. Wenn nun auch früher die aus »mortis causa negotiis« entstehenden Rechtsverhältnisse keine Besonderheiten aufzuweisen hatten, so änderte sich diess doch schon sehr bald und im Laufe der Zeit kamen immer mehrere hinzu. Zuerst bildeten sich dieselben beim Legate aus; von hier aus aber griffen sie immer mehr um sich. Die Vorschriften für das Legat wurden nach und nach theils durch die Gesetzgebung, theils durch die Praxis auch auf die anderen ähnlichen »mortis causa negotia« ausgedehnt, so auf das Fideicommiss und auf die »mortis causa donatio«. Es kann also daraus, dass in allen diesen Beziehungen die »mortis causa donatio« erst später und meistens in der Kaiserzeit dem Legate gleichgestellt wurde, nicht mit Schröter a. a. O. S. 103 gefolgert werden, dass die Schenkung von Todeswegen kein »mortis causa negotium« war. Ebenso müsste diess dann vom Fideicommiss verneint werden. Die Legate waren eben nicht das einzige Geschäft von Todeswegen, sondern nur die hervorragendste und am häufigsten vorkommende Art derselben. Die für sie geltenden Bestimmungen wurden allmählig auch auf die anderen Arten ausgedehnt, theils weil sonst mit Hilfe derselben diese Vorschriften umgangen werden konnten, theils weil auch nach richtiger Ansicht die Natur des »mortis causa negotium« diess mit sich brachte.[1]) Gleichen Schritt mit dieser Ausbild-

[1]) S. auch Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte Theil I. Abhandlung II. § 2 S. 84.

ung der »mortis causa negotia« hielt wohl die Loslösung der »mortis causa donatio« von der Schenkung überhaupt.

Dass bei dieser Gleichstellung der Schenkung von Todeswegen mit den Legaten die Juristen nicht immer Einigkeit unter einander bewahrten, dass vielmehr die Einen weiter gingen als die Anderen, ist wohl kaum zu verwundern. Aber nur an einen solchen Streit ist zu denken.[1]) Ob die »mortis causa donatio« überhaupt Schenkung unter Lebenden oder Legat sei, war nie Gegenstand einer Controverse.

Mit der Zeit nahm dieser Streit grössere Dimensionen an, da auch die Deutung der diessbezüglichen Gesetze zu manchen Zwistigkeiten Anlass bot. (L. 35 pr. D. h. t.) Die Gegner der Gleichstellung gaben als Grund an, dass nur da die »mortis causa donatio« dem Legate gleich sei, wo diess ausdrückliche Gesetzesbestimmungen festsetzen, dass sie sonst aber eigentlich der Schenkung »inter vivos« gleich zu behandeln sei. So richtig diess Letztere nun für das Rechtsgeschäft war, so falsch war es für das Rechtsverhältniss, und es ist desshalb Justinian völlig beizustimmen, wenn er in L. 4 C. 8, 56 (57) der Gegenansicht zum Siege verhalf.

Ebensowenig aber, wie die »comparatio« mit den Legaten im Allgemeinen Gegenstand der Meinungsverschiedenheit war, ebensowenig wollte Justinian durch seine Constitution eine Gleichstellung in allen Punkten bewirken. Wir hatten bereits des Oeftern Gelegenheit, auf Verschiedenheiten aufmerksam zu machen, die in den Quellen so allgemeiner Verbreitung sich erfreuen und so frei von jedem Widerspruche dastehen, dass es unmöglich scheint, dass je an ihnen gerüttelt wurde. Andernfalls wäre die »mortis causa donatio« noch mehr im Legate aufgegangen, als das Fideicommiss, dem das ursprünglich formelle und solenne Legat auch seinerseits entgegenkam. Bezüglich der Fideicommisse aber finden wir den Ausspruch: Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis (L. 1 D. 30), während die »mortis causa donatio« nur per omnia fere legatis connumeratur (§ 1 I. II. 7), dem gegenüber verliert der ungenauere Ausdruck: »omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacunque parte absimiles esse intelligantur« (L.

[1]) S. auch Rosshirt, a. a. O. I. 2 § 2 S. 81; Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 14 S. 53.

4 C. 8, 56 [57]) an Gewicht, wenn überhaupt der Ausdruck »ultima liberalitas« gleichbedeutend mit Legat sein soll. Noch weniger Bedeutung hat dann das »legatum esse omni modo« der Nov. 87 pr. Die allgemeiner redenden Ausdrücke »ad exemplum legatorum revocatae sunt«, »legatorum instar obtinent«, »legatis comparatas esse«, »et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continetur«, die wir mitunter in den Digesten vorfinden (L. 15, L. 17, L. 37 pr. D. h. t., L. 87 D. 32) beziehen sich, wie aus den einzelnen Stellen leicht zu entnehmen ist, auf die Gleichstellung in dem einzelnen genannten Falle, nicht im Ganzen. Es geht also, ebensowie Schröter nach der anderen, so Müller (Schenkung auf den Todesfall §§ 14 und 15) nach dieser Richtung hin zu weit, wenn er behauptet, dass die »mortis causa donatio« durch die citirte Constitution Justinians ein nur in einem Punkte von der Regel abweichendes Legat geworden ist.

Aber auch die älteren Schriftsteller treffen nicht das Richtige, wenn sie, wie z. B. Perez praelectiones Nr. 4 ad C. 8, 57, die »mortis causa donatio quoad modum et formam« dem Vertrage, »quoad effectum, vim et efficaciam« dem Legate zutheilen; denn eine zweiseitige Verfügung wird in mancher Beziehung anders wirken, als eine einseitige. Eher stimmen wir bei, wenn Andere statt Legat »mortis causa negotium« setzen. Aehnlich unterscheiden unter den Neueren: Meyerfeld a. a. O. § 8 Nr. 11 und 12 (in formeller Hinsicht — Vertrag, »donatio«, in materieller Hinsicht — »mortis causa negotium«) und Windscheid P. II. § 369 (letztwillige Verfügung in der Form des Vertrages).

Darauf, dass der in dieser Constitution beigelegte Streit nur auf die Wirkung, nicht auch auf die Form der »mortis causa donatio« sich bezog, haben wir bereits in § 9 verwiesen. Ob der Streit ein Sectenstreit war, ist zweifelhaft und kann nach dem vorliegenden Materiale nicht mit Bestimmtheit entschieden werden. Ebensowenig vermögen wir aus den uns überlieferten Bruchtheilen aus Schriften der älteren Juristen uns Gewissheit darüber zu verschaffen, was besonders bestritten war und wie weit die Gegner der Gleichstellung gingen; denn es sind uns überhaupt keine directen Spuren des Streites hinterlassen; nur Referate hierüber[1]) oder eine gewisse Schüchtern-

[1]) L. 4 C. cit., § 1 I. II. 7, pr. Nov. 87, L. 35 pr. D. h. t.

heit im Vorgehen sonst entschiedener Juristen treffen wir hie und da an.[1])

Am wenigsten aber ist Denjenigen beizustimmen, welche die trotz Uebereignung dem Schenker gewährte »rei vindicatio« sei es, dass sie als »utilis« oder »directa« charakterisirt wird, der Gleichstellung mit den Legaten zuschreiben; denn nur an das Rechtsverhältniss bei perfecter, nicht auf die Rückgängigmachung der Wirkungen des Vermögenszuwendungsgeschäftes bei vereitelter »mortis causa donatio« konnte diese Einfluss ausüben.

§ 53. Wenn wir nun im Folgenden daran gehen wollen, zu untersuchen, in welchen Beziehungen die »mortis causa donatio« dem Legate allmählig gleichgestellt wurde, so bieten sich uns verschiedene Methoden dar. Wir können rein historisch verfahren, wie besonders Rosshirt a. a. O. I. 2 § 2 S. 83 ff., der die Zeitalter bis Hadrian, Constantin und Justinian unterscheidet; wir können auch eintheilen, je nachdem die Gleichstellung durch die Legislation oder Praxis erfolgte, wie hauptsächlich Vangerow P. II. § 562; auch dies ist eine Eintheilung vom Gesichtspunkte der Entwicklung aus; wir können schliesslich auch mit Hasse a. a. O. II. S. 353 ff. unterscheiden, je nachdem die Gleichstellung durch das positive Recht bewirkt wird oder ein Postulat des Rechtes im Allgemeinen, gleichsam des Naturrechtes ist. Diese letztere Art und Weise empfiehlt sich am wenigsten, da, wenn einmal getrennt werden soll, diese Scheidung zu vage und unbestimmt ist. Die beiden ersteren Verfahren haben zweifelsohne ihre gute Berechtigung. Wir wollen jedoch den Weg der Mehrzahl wandern und ohne Gruppirung die einzelnen Vergleichungspunkte hervorsuchen; eine gewisse Rücksichtnahme auf die allmählige Entwicklung wird sich hiebei von selbst ergeben.

Zuvor jedoch ist festzustellen, nach welcher Seite hin wir nicht suchen dürfen, in welchen Beziehungen die »mortis causa donatio« ihrer Natur nach nothwendiger Weise vom Legate verschieden ist. Vangerow a. a. O. schliesst die Anwendung der Legatentheorie überall da aus, wo der eigenthümliche Begriff der »mortis causa donatio« als einer vom Erblasser selbst,

---

[1]) Vergl. hiezu »possunt videri« in L. 17 D. h. t., »credo« in L. 5 pr. D. 37, 5.

ohne Vermittlung einer Zwischenperson, ausgehenden und nicht erst aus der »hereditas« bewerkstelligten Vermögensvermehrung entscheidend eingreift.

Wenn wir nur vom römischen Rechte ausgehen, können wir kurz sagen, dass die Anwendung der Legatentheorie überall da ausgeschlossen ist, wo die Folgen der Vertragsnatur der »mortis causa donatio« sich geltend machen; die von Vangerow hervorgehobenen Momente erklären sich hieraus.

In allen anderen Beziehungen ist eine Gleichstellung möglich und muss angenommen werden, wenn nicht nachgewiesen wird, dass die betreffende Bestimmung nur für die Legate gelten, auf die übrigen »mortis causa negotia« keine Anwendung finden sollte.

Um die vielen Literaturnachweise überflüssig zu machen, sollen hier bereits die Namen derjenigen Schriftsteller ihren Platz finden, die sich mit dieser Materie in hervorragenderem Maasse befassen. Unter den Neueren sind hier zu erwähnen: Müller, Schenkung auf den Todesfall §§ 6. 7. 29 ff.; Hasse a. a. O. II. S. 353 ff.; Schröter a. a. O. 112 ff.; Rosshirt a. a. O. I. 2 § 2 S. 83 ff.; Savigny a. a. O. IV. § 173; Vangerow, P. II. § 562; Keller, Instit. § 339.

§ 54. Bezüglich der Legate und der ihnen verwandten »mortis causa negotia« liess das Zwölftafelgesetz der Privatwillkür vollständige Freiheit, wir würden vergeblich nach irgend welchen Beschränkungen Umschau halten. Solche zu setzen, war den speciellen Leges vorbehalten, die durch drängendes Bedürfniss hervorgerufen wurden.

Die erste derselben ist die »Lex Furia testamentaria«, welche der Benachtheiligung der Familienangehörigen durch Verfügungen zu Gunsten Fremder steuern will. Sie verfolgte also einen ähnlichen Zweck, wie die »lex Cincia«. Ueber diese »Lex« s. Gajus II. 225. Auch sie war nicht »perfecta«, aber auch nicht »imperfecta« wie die »Lex Cincia«, sondern »minus quam perfecta« (Ulp. Fr. Pr. § 2; G. IV. 23). Das »mortis ve causa capere« deutet hier zweifellos auf die »mortis causa donatio« hin; auf das Legat bezog sich der Ausdruck nicht, da dies im Vorhergehenden »legatorum nomine« besonders namhaft gemacht worden war. Nach dem Legate aber ist die Schenkung von Todeswegen die wichtigste Art der »mortis causa capio« und es ist deshalb nicht zu vermuthen, dass das

Gesetz nur die »mortis causa capio« im engeren Sinne im Auge hatte, die »mortis causa donatio« dagegen übersah oder umgehen wollte. Als »mortis causa capio« aber wurde die Schenkung von Todeswegen sicher von jeher betrachtet. Dass sowohl die »lex Cincia« als auch die »lex Furia« auf die »mortis causa donatio« Anwendung fand, kann keinen Anstoss erregen, da ja die »lex Cincia« eine »lex imperfecta« war und besonders die »mortis causa donatio« wenig einengte und da ferner nicht ausgeschlossen ist, dass der »modus« der »lex Furia« niedriger gegriffen war als derjenige der »lex Cincia«, der unbekannt geblieben ist. Eine Schlussfolgerung auf diese Summe kann gewiss ebensogut von der für die spätere Insinuationsvorschrift massgebenden Summe der 200 »solidi« als von den gestatteten 1000 »asses« der »lex Furia« ihren Ausgangspunkt nehmen.

Genau dieselben Worte scheinen in der »lex Voconia« gebraucht zu sein; wenigstens finden wir sie in G. II. 226 wieder, so dass hievon dasselbe gilt. Anders bei der »lex Falcidia« (G. II. 227), »qua cautum est, ne plus civi Romano legare liceat quam dodrantem«. Daraus geht hervor, dass die »lex Falcidia« sich ursprünglich auf die »mortis causa donatio« nicht bezog; hier war eben die Grösse der »hereditas« massgebend und in diese fiel die »mortis causa donatio« nicht. Später jedoch, durch eine Constitution des Severus, wurde das Recht der Falcidischen Quart auch auf die Schenkung von Todeswegen ausgedehnt.[1]) L. 2 C. h. t. enthält eine einfache Anwendung dieser Constitution, keine Ausdehnung derselben, wie vielfach geglaubt wird;[2]) denn diese Stelle ist nur ein Rescript. Die Constitution bezog sich auch auf die Intestaterben; es hatte schon Antoninus Pius bestimmt (L. 18 pr. D. 35, 2), dass auch diese der Rechtswohlthat der Falcidischen Quart theilhaftig werden sollten.

Damit die »portio legis Falcidiae« berechnet werde, muss vor Allem rechnerisch feststehen, was geschenkt ist. Wie es diesbezüglich bei der Schenkung durch Delegation zu halten ist, ersehen wir aus L. 18 § 1 D. h. t., wovon wir bereits in § 49 des Ausführlicheren sprachen. Für den Schulderlass gilt die

---

[1]) S. L. 42 pr. § 1, L. 27 D. h. t., L. 2 C. h. t., L. 5, L. 18 § 1 C. 6, 50, L. 15 pr., L. 82 D. 35, 2, L. 77 §§ 2 und 6 D. 31, L. 1 § 5 D. 43, 3.

[2]) S. Cujacius, observationes XX. 6 unter Berufung auf L. 20 § 1 D. 37, 5; Schröter a. a. O. S. 122.

Regel: »cum debitori liberatio relinquitur, ipse sibi solvendo videtur et quod ad se attinet dives est« (L. 82 D. 35, 2). Sonst treffen wir hier keine Schwierigkeit an.

Auf welche Weise aber macht der Erbe seinen Anspruch auf die Falcidische Portion geltend? Des Hauptmittels, des »interdictum quod legatorum«, ist er aus einem später anzugebenden Grunde beraubt. Dafür tritt der Rechtssatz: »portio legis Falcidiae apud heredem ipso jure remanet« (etsi corporaliter res in solidum translatae sunt. L. 1 § 5 D. 43, 3) in seine volle Kraft. S. auch L. 18 § 1 C. 6,50. Ebenso heisst es in L. 82 cit.: »residua centum durabunt in obligationem et exigentur idemque erit dicendum et si mortis causa accepto ei quadringenta ferantur, unde eleganter dicitur acceptilationem in pendenti fore, ut si quidem mortis tempore quadringenta tota (? tantum) inveniantur, in trecenta valeat acceptilatio«. Der »exceptio pacti« des durch »pactum« liberirten Schuldners steht eine »replicatio in factum« gegenüber (L. 15 pr. D. 35, 2). Bei der Schenkung durch Uebertragung einer Forderung wird dem Erben eine »in factum actio« gegeben (L. 77 § 2 D. 31).

Es kann der Schenker also auch bei erklärtem Verzicht auf das Reurecht dem Beschenkten einen beträchtlichen Theil der Schenkung wieder dadurch entziehen, dass er hinterher bedeutende Vermächtnisse errichtet; denn Nichts deutet darauf hin, dass die »Lex Falcidia« auf die »mortis causa donatio« mit Ausschluss des beliebigen Widerrufes keine Anwendung findet, und die Natur eines »mortis causa negotium« wird ihr durch eine solche Clausel nicht entzogen. Wenn der Erblasser die Falcidische Quart nicht abgezogen wissen will (Nov. 1 c. 2 § 2), so erstreckt sich dies natürlich auch auf die »mortis causa donationes«.

§ 55. Zur Uebernahme der »sacra privata« nach dem Tode des Opferpflichtigen waren in erster Linie die Erben berufen, in zweiter Linie die bevorzugten Legatare; diesen wurden später die »mortis causa« Beschenkten gleichgestellt; »qui morte testamentore ejus tantundem capiat quantum omnes heredes«.[1]) Mit Recht, denn hier handelte es sich nur um Vermögenszuwachs

[1]) Cicero, de legibus II. 19; Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. II. S. 366.

in Folge des Ablebens des zuvor den Göttern gegenüber Verpflichteten; es wurde eben später zum Principe erhoben, dass nicht nur der höchste Erwerb aus dem Nachlasse oder gar nur auf Grund des Testamentes, sondern in Folge des Todes überhaupt massgebend sein sollte, so dass auch die »mortis causa donatio« von dieser Bestimmung getroffen wurde.

Warum aber soll den irdischen Gläubigern gegenüber nicht Gleiches gelten?[1]) Es drängte sich dies um so mehr auf, als es ungerechtfertigt ist, Liberalitäten eines Zahlungsunfähigen, die ihm zu seinen Lebzeiten kein Opfer auferlegten, nur nunmehr seine Gläubiger benachtheiligen, überhaupt aufrecht zu erhalten, die Rescission von dem Nachweise des »consilium creditorum fraudandorum« abhängig zu machen. Es befürwortet denn auch Julian in L. 17 D. h. t. eine Gleichstellung der »mortis causa donatio« mit dem Legate in dieser Beziehung. Vergl. L. 66 § 1 D. 35 2. Dass dies eine Folge der Ausdehnung der »Lex Falcidia« auf die »mortis causa donatio« war, wie Savigny a. a. O. S. 270 und 271 behauptet, möchten wir bezweifeln, da die Constitution des Severus einem späteren Zeitalter als dem Julians angehört. Auch Rosshirt a. a. O. S. 85. A. 2. bringt diese Stelle mit der erweiterten Anwendung der »Lex Falcidia« in Verbindung. Doch bezieht dieser die Constitution des Severus nicht schlechthin auf die Ausdehnung der »lex Falcidia« auf die »mortis causa donatio«, sondern lässt zweifelhaft, was sie enthielt. Ausserdem legt Rosshirt den Entscheidungsgrund dieser Art der Gleichstellung darein, dass statt der Vermächtnisse »donationes mortis causa« gemacht und dadurch »in fraudem« gewirkt werden könne. Doch fehlt ja gerade dann die Spitze: »etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset«.

Bestritten ist, ob dadurch die »actio Pauliana« nunmehr entbehrlich wurde, oder ob sie dennoch nothwendig ist. Savigny a. a. O. not. l. erklärt die Klage ausdrücklich für entbehrlich; Vangerow A. 2 a. spricht davon, dass im Falle der Insolvenz des Schenkers den Gläubigern das Recht zustehe, die »mortis causa donatio« zu impugniren; eine Klage wäre demnach nöthig. L. 17 cit. spricht von »rescindi debere« und darnach wäre wohl die Nothwendigkeit eines revocatorischen

[1]) Auch in des Gajus Institutionen II, 55 finden wir eine derartige Zusammenstellung.

Rechtsmittels zu vermuthen. In L. 66 § 1 cit. jedoch heisst es, dass »per aes alienum mortis causa donationes infirmantur«. Nach welcher Stelle nun ist zu entscheiden? Wir möchten uns mehr nach der ersteren richten, da diese genauer ist. Wo ein Geschäft »ipso jure« nichtig ist, kann von Rescission desselben nicht die Rede sein; wohl aber kann, da durch die Revocation der Zustand der Ungiltigkeit herbeigeführt wird, auch hier von Infirmation gesprochen werden. Zudem geht der für die Legate geltende Rechtssatz, der nunmehr auch auf Schenkungen von Todeswegen Anwendung finden soll, dahin, dass aus einem insolventen Nachlasse Legate nicht entrichtet werden sollen. Solche Legate sind nicht nichtig, sondern nur unwirksam, »non debentur«. Die »mortis causa donatio« aber kommt nach § 3 und § 18 mit dem Nachlasse gar nicht in Berührung; schon ehe ein Nachlass vorhanden ist, ist sie wirksam. Die Insolvenz des Nachlasses kann also auf sie nur den Einfluss ausüben, dass sie wieder rückgängig gemacht wird, wie dies ja auch bei den Vermächtnissen der Fall ist, die vor Kenntniss von der Ueberschuldung des Nachlasses entrichtet wurden (L. 6 § 13 D. 42, 8). Hievon kann nur für den Fall abgewichen werden, dass die Schenkung noch nicht vollzogen wurde; einer diesbezüglichen Klage steht sodann, begründet durch die Insolvenz des Nachlasses, eine »exceptio doli« entgegen. Das revocatorische Rechtsmittel nun, das im anderen Falle zur Rückgängigmachung der »mortis causa donatio« zusteht, kann nur die »actio Pauliana« sein, die allerdings hier über ihren Normalfall ausgedehnt ist und deshalb nur »utiliter« eingeräumt wird. Ein Einwurf, daher genommen, dass die »actio Pauliana« eine »fraus« des Schuldners voraussetzt, dürfte leicht zu beseitigen sein; denn ihre Formel (L. 1 pr. D. 42,8) spricht auch von »fraus«, bzw. »scientia« des Mitcontrahenten und doch wird in L. 6 § 11 eod. die Klage gegen einen Beschenkten gegeben, bei dem diese Erfordernisse nicht vorliegen. Es dürfte demnach auch einer weiteren Ausdehnung nichts im Wege stehen, nachdem das Princip der Klage, die Gläubiger vor Beeinträchtigung ihrer Rechte zu schützen, dasselbe ist. So aufgefasst, wird dasselbe gelten müssen, auch wenn der Schenker auf sein Reurecht verzichtete. Wollte man dagegen die »actio Pauliana« damit begründen, dass der Schenker, der trotz späterer Ueberschuldung nicht widerrufe, eine »fraus« begehe, so dürfte man hier diese Klage nicht zulassen.

Der »actio Pauliana« der Gläubiger ist die »actio Faviana« oder »Calvisiana« zu vergleichen, welche dem Patron zum Schutze seiner Erbansprüche gegen Beeinträchtigung durch Veräusserungen des Freigelassenen gegeben wird. Dass auch hier nach Vorgang von L. 17 D. h. t. nicht gefragt wird »utrum dolo malo facta sit an non«, ist daher fast selbstverständlich. Eine solche Bestimmung finden wir in L. 1 § 1 D. 38, 5 vor. Auch hier hält Savigny a. a. O. S. 272 eine Anstellung der »actio Faviana« oder »Calvisiana« für unnöthig. Doch vgl. hiegegen L. 1 § 11 D. 38, 5. Da auch diese Klage ihrer Formel nach einen »dolus« des Freigelassenen vorauszusetzen scheint, so liegt der Rückschluss sehr nahe, dass auch die »Pauliana« da gegeben wurde, wo nicht nothwendig eine »fraus« des Schuldners vorliegen musste.

Damit aber sind wir mitten in das Pflichterbrecht versetzt, und es ist daher auch in dieser Beziehung die »mortis causa donatio« dem Legate gleich. Dies ist nur ein kleiner Schritt weiter, der sich von selbst ergibt, umsomehr, nachdem auch das Recht der Falcidischen Quart auf die »mortis causa donatio« ausgedehnt worden war; denn auf der Falcidischen Quart beruht das spätere Pflichttheilsrecht.[1]) Die Behandlung ist deshalb eine vollständig gleiche.[2]) Wie die »portio legis Falcidiae ipso jure apud heredem remanet«, ist die »mortis causa donatio« ebenso wie das Legat, soweit sie den Pflichttheil verletzt, einfach nichtig. Durch den Tod des Schenkers wird sie nur insoweit perfect, als sie keine Pflichttheilsverletzung enthält.[3]) Es könnte desshalb ebenso wie in L. 82 i. m. D. 35, 2 von einer Pendenz gesprochen werden bezüglich dessen, was geschenkt ist. Eine »querela inofficiosae donationis« oder ein dieser nachgebildetes Rechtsmittel ist also weder nöthig, noch möglich.[4]) Auch insoferne wird die »mortis causa donatio« dem Legate ähnlich behandelt, als der Pflichttheilsberechtigte den Betrag einer etwa erhaltenen Schenkung von Todeswegen in seinen Pflichttheil sich einrechnen lassen muss.[5]) Anderes gilt bekanntlich bei der Falcidischen Quart, sowohl für das

[1]) L. 31 C. 3, 28; s. auch L. 5 C. 6, 50; Müller a. a. O. § 45.

[2]) Anders wie bei der actio Pauliana.

[3]) S. hierüber Fitting, Archiv für civilistische Praxis Bd. 50 nr. 4 S. 62; Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten S. 535 ff.

[4]) Anders z. B. Thibaut P. II. § 909 not. u.

[5]) Seuffert P. III. § 653.

Vermächtniss, als auch in Folge dessen für die Schenkung von Todeswegen.[1]) Auf das Pflichterbenrecht bezieht sich wohl auch L. 3 C. h. t.

In die ersten Anfänge des Pflichterbenrechtes reicht die »bonorum possessio contra tabulas«, die der Prätor dem präterirten »emancipatus« gab. Durch diese »bonorum possessio« wurde das Testament, soweit es den Ansprüchen der »bonorum possessores« entgegen war, unwirksam gemacht; doch müssen Diejenigen, »qui judicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem«, gewissen Personen die ihnen zugedachten Legate und Fideicommisse prästiren, so den Kindern und Eltern des Erblassers, ferner der Ehefrau oder Schwiegertochter das »legatum dotis nomine« (L. 1 pr. D. 37, 5). Die »mortis causa donatio« musste hier von Rechtswegen ausser Betracht bleiben, da sie nicht im Testamente gegeben wird, also auch nicht die Schicksale desselben theilt. Doch überwog hier der Gedanke, dass den Pflichterben gegenüber die »mortis causa donatio« gleich einem Legate gilt; es wurde desshalb in beiden Beziehungen (»auferri« und »tueri«) mit ihr ebenso wie mit dem Legate gehalten.[2])

Daraus folgt, dass Derjenige, der die »bonorum possessio contra tabulas« erhält, die »mortis causa donatio« ebensowenig zurückbehalten darf (L. 18 § 1 D. 37, 4), als er »persecutionem legatorum habet« (L. 5 § 2 D. 37, 5). Doch besteht ein Unterschied; da bei der »mortis causa donatio« Hingabe und Annahme noch zu Lebzeiten des Schenkers erfolgt, also zu einer Zeit, da das Testament noch nicht eröffnet ist, kann die Annahme derselben keinen Verzicht auf die »bonorum possessio contra tabulas« involviren, während nach L. 5 § 2 D. 37, 5 durch Annahme des Legats die »bonorum possessio« verloren geht. Darauf deutet das »retentio« der L. 18 § 1 D. 37, 4 hin im Gegensatze zum vorausgehenden »exactio«; s. ferner L. 8 § 3 D. 38, 2.

Hieran reiht sich die Frage der Collationspflicht, denn im Anschlusse an die »bonorum possessio« des »emancipatus« führte der Prätor die »collatio bonorum« ins Recht ein; im neueren Rechte allerdings hat sie eine andere Gestaltung erhalten. Dass Vermächtnisse nicht zu conferiren sind, wohl aber »simplices

[1]) Nur, was der Erbe »jure hereditario« erhält, hat er in die Quart sich einrechnen zu lassen. L. 74, L. 91 D. 35, 2.

[2]) L. 3 pr., L. 5 § 7, L. 20 pr. D. 37, 5. Ueber L. 20 § 1 D. eod. s. Savigny a. a. O. not. n.

donationes« in gewissen Fällen, ist allgemein anerkannt; bestritten ist, wohin die »mortis causa donatio« zu rechnen sei. Vangerow zählt sie II. § 516 A. 3. in dieser Beziehung unter die »donationes simplices«, in § 562 a. E. dagegen will er die Legatentheorie anwenden. Erinnern wir uns daran, dass die Schenkung von Todeswegen ein »mortis causa negotium« ist und dass die Collation lediglich eine vom Vater nicht gewollte Ungleichheit unter den zur Erbfolge berufenen Descendenten verhüten soll, so ist die »mortis causa donatio« ebenso wie z. B. ein Prälegat eine besondere Begünstigung des beschenkten, beziehungsweise bedachten Kindes eben mit Beziehung auf die Gestaltung der Vermögensverhältnisse nach dem Tode des Vaters; sie ist daher nicht Gegenstand der Collation. So auch Seuffert, P. III. § 588 N. 13 (s. daselbst auch die Literatur). Allerdings hat Rosshirt a. a. O. S. 92 Recht, wenn er bemerkt, dass man dies nicht aus der L. 4 C. h. t. ableiten kann, Unrecht aber, wenn er es eben deshalb leugnet.

§ 56. Die Incapacität der Unverheiratheten und Kinderlosen erstreckte sich nach der »lex Julia et Papia Poppaea« nur auf das »testamento relictum« (Ulp. XVII. 1). Die »mortis causa donatio« fiel also nicht unter das Gesetz. Die Folgezeit ergab, dass mit Hilfe der »mortis causa donatio« das Gesetz umgangen wurde, ebenso wie der Zweck der »lex Falcidia« dadurch vereitelt werden konnte, und ebenso wie später dadurch den »fraudes« der Curialen Zuflucht geboten war. Ebenso wie auf die Fideicommisse wurde deshalb diese Lex später auch auf die Schenkungen von Todeswegen (L. 35 pr., L. 37 pr. D. h. t.) und auf die »mortis causa capiones« überhaupt ausgedehnt (L. 9 D. h. t.). Als Quelle dieser Gleichstellung wird von Paulus in L. 35 pr. cit. ein »Senatusconsultum« bezeichnet.

In vielen anderen Punkten konnte natürlich an eine Anwendung der »lex Julia et Papia Poppaea« auf die »mortis causa donatio« nicht gedacht werden, so z. B. was die Eröffnung des Testamentes und die Hinausschiebung der Delation der Erbschaft anlangt; deshalb war für die Eigenschaft der Capacität der Zeitpunkt des Todes massgebend (L. 22 D. h. t.) und auch sonst blieb Alles beim alten Rechte. (L. 44 D. h. t.)

Auch die Incapacität des »Latinus Junianus« wurde auf die »mortis causa donationes« erstreckt (V. Fr. 259), während bezüglich der Fideicommisse durch Gajus (II. 275) Gegentheiliges

überliefert ist. Wenn Gajus die Schlussentwicklung des römischen Rechtes in dieser Beziehung repräsentirt, so lag der Grund dieser Ausnahmestellung der Fideicommisse darin, dass besonders das »directo jure capere prohibentur« (G. I. 23. II. 275) betont wurde; die »mortis causa donatio« war dann hier mit inbegriffen, nicht aber das Fideicommiss.

Verwandt in vieler Beziehung mit der Lehre von der Incapacität ist die der Indignität. Ob auch sie auf die »mortis causa donatio« Anwendung findet, ist Gegenstand des Streites. Zur Lösung desselben wird beitragen, wenn man sich bewusst wird, dass die einzelnen Indignitätsgründe verschiedener Natur sind und deshalb nicht gleich behandelt werden können, und ferner dass die »mortis causa donatio« in mancher Beziehung von den übrigen Geschäften von Todeswegen sich unterscheidet. Wo die Indignitätsgründe auch auf den »mortis causa« Beschenkten passen, wird dieser wohl davon getroffen werden, wenn er sich derlei zu Schulden kommen lässt. Hieher gehören hauptsächlich alle Indignitätsgründe der Impietät gegen den Erblasser, beziehungsweise Schenker, soweit sie nicht das nähere Verhältniss des Erben voraussetzen. Es geht dies also weiter als die Revocation wegen Undankbarkeit. Einen weiteren Indignitätsfall, der auch den »mortis causa« Beschenkten treffen kann, zeigt Nov. 1. c. 1. § 4.[1]) Wenn aber die Indignität durch ein Verfehlen gegen den letzten Willen, gegen das Testament oder gegen den Nachlass hervorgerufen wird, so kann dies wegen der besonderen Natur der »mortis causa donatio« auf dieselbe keine Anwendung finden; z. B. die Unwürdigkeit dessen, der ein »testamentum jure factum« mit der »querela inofficiosi testamenti« angreift (L. 5 § 17 D. 34, 9); Anderes gilt für Denjenigen, der in Folge einer Testamentsbestimmung von einem Dritten Etwas erhalten soll (L. 5 § 18 D. eod.), also für geeignete Fälle der »mortis causa capio« im engeren Sinne. Ebenso wird wohl Entwendung aus der Erbschaft den Beschenkten des Rechtes aus der Schenkung nicht berauben, so dass also auch hier der »mortis causa« Beschenkte dem Legatar (L. 50 [48] D. 36, 1, L. 5. C. 6, 32) nicht gleichsteht.

§ 57. Die Edicts-Bestimmungen über den Erlass der »condicio jurisjurandi« wurden auch auf die »mortis causa donatio«

[1]) S. hierüber auch Windscheid P. III. § 676 A. 12; Arndts § 590 A. 1 und Roth, bayerisches Civilrecht III. § 329.

ausgedehnt (L. 8 § 3 D. 28, 7). Ein dem Schenker gegenüber gemachtes Versprechen, entweder die künftige Erfüllung des Verlangten zu beschwören oder das Geschenkte zu restituiren, wird nachgesehen. Der Wille des Schenkers aber erfährt durchaus keine Vernachlässigung; ihm wird in so ferne Rechnung getragen, als die eidlich anzugelobende Handlung als »modus« aufrecht erhalten und betrachtet wird. (L. 8 § 7 eod.)

Auch das Recht der Cautio Muciana wurde, allerdings erst durch Justinian (Nov. 22. c. 44 § 9), auf die »mortis causa donatio« angewandt.

In diesen Entscheidungen sieht Windscheid P. III. § 676 A. 9) den Ausdruck des Principes, dass die Bedingungen bei den »mortis causa donationes« ebenso behandelt werden, wie bei den Vermächtnissen, und auch Vangerow § 562 a. E. will die Legatentheorie auf die Lehre von den Bedingungen bei der »mortis causa donatio« erstrecken.

Wenn in Wirklichkeit der Grund der besonderen Behandlung, welche den (unsittlichen und von Anfang an unmöglichen) Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen zu Theil wird, darin zu suchen ist, dass der Verfügende sein Vermögen hat vergeben wollen, nicht um eines zu erreichenden Zweckes willen die Vermögenszuwendung gemacht hat (Windscheid I § 94 A. 16), so ist allerdings gegen die gleiche Behandlung bei den Schenkungen von Todeswegen Nichts einzuwenden. Allein eben diess scheint uns fraglich zu sein. Wir sind eher geneigt, den Grund in der Einseitigkeit dieser Verfügungen in Verbindung mit dem »favor«, den sie gesetzlich geniessen, zu erblicken. Derjenige jedoch, der eine unter einer »turpis condicio« ihm dargebotene Liberalität ernstlich acceptirt, begeht dadurch eine das Geschäft vernichtende »turpitudo«, und die Acceptation irgend eines unter einer unmöglichen Bedingung abgegebenen Versprechens wird in dem Bewusstsein geschehen, dass dadurch Nichts bewirkt wird, so dass der erforderliche Consens ermangelt. S. hiezu L. 31 D. 44, 7. Demnach würde die Behandlung derartiger Bedingungen bei der »mortis causa donatio« eine andere sein, wie beim Legate.

§ 58. Bezüglich der »cautio usufructuaria«[1]) und des Vergleiches über »mortis causa« geschenkte Alimente[2]) gelten für

[1]) L. 1 § 2 D. 7, 9; L. 7. C. 6, 54.
[2]) L. 8 § 2 D. 2. 15.

die »mortis causa donatio« dieselben Vorschriften, wie für das Legat; auch von den »condicionis implendae gratia« hinterlassenen Alimenten gilt dasselbe, so dass der Grund hiefür ersichtlich in dem Erwerbe von Todeswegen liegt.[1])

Die durch Justinian (L. un. § 14 C. 6, 51) erfolgte Ausdehnung des bei Vermächtnissen geltenden Accrescenzrechtes auf die »mortis causa donatio« würde nur dann dem Vertragscharakter derselben widersprechen, wenn Justinian das Accrescenzrecht eigentlich als ein Nichtabwachsungsrecht behandelt hätte; damit wäre jedoch die in § 11 derselben Constitution vorgesehene Bestimmung, dass die Collegatare (»re et verbis conjuncti«) den frei gewordenen Theil ablehnen können, nicht gut zu vereinen.

Eine fernere Gleichstellung mit dem Legate und Verschiedenheit von der Schenkung finden wir in den Quellen in dem Falle, da der Gläubiger dem Bürgen die Schuld nachlässt.[2]) Wird dem Bürgen »principaliter« geschenkt, so kann er gegen den Hauptschuldner nicht mit der »mandati actio« klagen, wohl aber, wenn ihm »remunerandi causa« geschenkt und noch mehr (»multo magis«), wenn ihm »mortis causa« geschenkt oder die Befreiung von seiner Schuld vermacht wird. Der Grund hiefür ist nicht so leicht zu finden. Vielleicht liegt er darin, dass Derjenige, der einen Vermögenstheil von Todeswegen zugewendet erhält, als Nachfolger des Zuwendenden gilt (desshalb das »multo magis« und die Einschiebung von L. 11), während der einfache Erlass (auch den nur accessorisch Verpflichteten gegenüber) als Verzicht auf die Forderung überhaupt angesehen wird; desshalb andere Behandlung bei der remuneratorischen Schenkung und bei der in Schenkungsabsicht vorgenommenen Zahlung durch einen Anderen (L. 12 § 1 eod.).

Dem »mortis causa« Beschenkten kann ein Fideicommiss auferlegt werden.[3]) Wenn diess auch nicht lediglich ein Widerruf ist, wie Schröter a. a. O. S. 116 meint[4]), so ist diess doch schon in der Natur als »mortis causa negotium« begründet, so dass also diese Gleichstellung mit den Legaten

---

[1]) Ueber die cautio des Usufructuars s. auch Savigny a. a. O. not. r.

[2]) L. 10 § 13, L. 12 pr. D. 17, 1.

[3]) L. 77 § 1 D. 31, L. 11 D. 33, 4, L. 1 C. h. t., L. 9 C. 6, 42, L. un. § 8 C. 6, 51.

[4]) S. hiezu Savigny a. a. O. not. x.

nicht zu hoch anzuschlagen ist.[1]) Es kann überhaupt Jedem, der »mortis causa« erwirbt, ein Fideicommiss auferlegt werden[2]); sogar auch bei gewissen »non mortis causa donationes« fand diess Anwendung.[3]) Ob man hiezu in Folge der zulässigen Belastung der »mortis causa donatio« kam, wie Savigny a. a. O. not. y meint, kann mit Sicherheit nicht behauptet werden. Allerdings ist die Ausdehnung der L. 37 § 3 cit. nicht alten Datums, denn Scaevola bezieht sich hiebei auf eine Constitution des Antoninus Pius »quae hoc induxit«. Allein dieser Kaiser war überhaupt auf dem Gebiete des Fideicommissrechtes in hohem Grade thätig, und andererseits gehören auch alle die Juristen, deren Schriften die obigen Stellen entnommen sind, der Zeit nach Pius an.

Da die Auflegung eines solchen Fideicommisses immerhin eine Belastung des »mortis causa« Beschenkten ist, so wird sie wohl bei Verzicht auf beliebigen Widerruf unstatthaft sein.[4])

Eine Folge der Natur der Schenkung von Todeswegen als »mortis causa negotium« ist auch, dass der Vertragserbe oder Vertragslegatar solche Schenkungen von Todeswegen, die sein durch den Vertrag erworbenes Recht verletzen, nicht anzuerkennen braucht.[5])

Windscheid P. III. § 676 Z. 2 führt auch die Codicillarform hier an; allerdings ist der letzte Grund für die Einführung derselben in der Natur der Schenkung von Todeswegen als »mortis causa negotium« zu suchen; doch gehört diess nicht hieher, da vom Rechtsverhältnisse gesprochen werden soll. Von Vielen wird auch der Fall des »poena capitis affectus« hierher gesetzt.[6]) Doch ist hier die innerste Natur der »mortis causa donatio« allein massgebend.

§ 59. Sehen wir nun genauer nach den Verschiedenheiten vom Legate, so ist, wie vorübergehend in § 53 angedeutet wurde, der Grund darin zu finden, dass die »mortis causa

[1]) Savigny a. a. O. not. v.
[2]) L. 96 § 4 D. 30; L. 1 § 6 D. 32.
[3]) L. 37 § 3 D. 32.
[4]) Hasse a. a. O. S. 361.
[5]) Vgl. Seuffert's Archiv XVIII. 88 und XXIX. 44.
[6]) So von Hasse a. a. O. S. 355; Schröter a. a. O. S. 114; Wening-Ingenheim III § 457 not. r. Z. 3; Puchta Vorlesungen II § 552; Keller, Institutionen § 339; Vangerow P. II § 562 A. Z. 2 lit. d; Arndts P. § 590 not. n.; und Windscheid P. III. § 676 A. 1.

donatio« durch Vertrag der beiden Parteien zu Stande kommt, nicht im Testamente durch einseitige Verfügung gegeben wird, dass ihr Gegenstand deshalb nicht erst aus dem Nachlasse, sondern direct aus dem Vermögen des Schenkers im Augenblicke des Todes desselben, d. h. im Momente der Perfection der Schenkung, auf den Beschenkten übergeht, so dass es keiner Vermittlung eines Dritten bedarf.

Da nach römischem Rechte durch Vertrag eine Universalsuccession nicht begründet werden kann, so kann der »mortis causa« Beschenkte nie Universalsuccessor des Schenkers werden, auch wenn ihm das ganze, auch künftige Vermögen geschenkt worden war.[1]) In der Lehre von der Schenkung von Todeswegen finden wir Nichts, was dem Universalfideicommisse zu vergleichen wäre. L. 4 C. h. t. konnte und wollte hieran Nichts ändern. Aber auch für das heutige Recht ist dies aufrecht zu halten. Noch mehr, als die gewöhnliche Schenkung von Todeswegen vom particulären Erbvertrage verschieden ist, unterscheidet sich die »mortis causa donatio« eines ganzen, auch des künftigen Vermögens vom universellen Erbvertrage, der nach der richtigen Ansicht auf Einräumung eines Erbrechtes gerichtet ist, also ein vollständig anderes Object hat.[2])

Da also eine solche Schenkung von Todeswegen keine Universalsuccession begründet, so wird dadurch die Intestaterbfolge keineswegs ausgeschlossen.[3]) Die Intestaterben nun haben das Recht des Abzugs der Falcidischen Quart. Statt dessen können sie jedoch, wenn sie pflichttheilsberechtigt sind, falls sie dies vorziehen, den Pflichttheil verlangen.

Eine Folge der Vertragsnatur der Schenkung von Todeswegen ist ferner, dass derjenige, der »mortis causa« eine jährliche Rente auf Lebenszeit stipulirt, anders behandelt wird, als derjenige, der mit einem eben solchen Vermächtnisse bedacht ist.[4])

Geschah die Schenkung durch Sachübergabe, so musste dem Erben das »interdictum quod legatorum« versagt werden,

---

[1]) Vgl. hiezu L. 42 pr. D. h. t. S. auch Müller a. a. O. § 43; Hasse a. a. O. II. S. 363 ff.; Schröter a. a. O. S. 123; Vangerow P. II. § 561 A. I. Z. 3; Arndts P. § 590 not. s.; Windscheid P. III. § 676 A. 19; E. A. Seuffert zu J. A. Seuffert's P. III. § 648 N. 8.

[2]) S. Gerber, System des deutschen Privatrechtes § 257 N. 3; Roth a. a. O. III. § 331 N. 10.

[3]) Holzschuher a. a. O. II. S. 972; Seuffert's Archiv XXVII. 239.

[4]) L. 35 § 7 D. h. t.

da dies der Anfechtung eines Factums des Erblassers gleichgekommen wäre (L. 1 § 5 D. 43, 3). Es ist dies also, da Tradition von Seiten des Disponirenden hier nothwendig, beim Legate jedoch naturwidrig ist, mit Fug unter die Verschiedenheiten zu zählen.[1]) Darüber, dass die Substitution sich hier anders gestaltet wie bei den einschlägigen Verfügungen, siehe L. 10 D. h. t.

Vom Gesichtspunkte der Unabhängigkeit vom Testamente aus besprachen wir den Wegfall einiger Indignitätsgründe für den »mortis causa« Beschenkten.

Daraus, dass der Schenkungsgegenstand nicht in die Nachlassmasse fällt, folgt, dass in gewissen Fällen die Hauptsache die Commoda der Zwischenzeit von Interposition bis Perfection nach sich ziehen kann; es folgt daraus ferner mit absoluter Nothwendigkeit, dass die »mortis causa donatio« nicht das Schicksal des Nachlasses theilt, dass sie vom Antritte der Erbschaft unabhängig ist; hieraus ergeben sich dann wieder andere Verschiedenheiten vom Legate, wie wir in § 56 in Bezug auf die »Lex Julia et Papia Poppaea« gesehen haben.

Es findet bei der »mortis causa donatio« directer Uebergang vom Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten statt. Das Vermögenszuwendungsgeschäft muss also noch vom Schenker selbst vorgenommen werden. Sofortiger Vollzug ist möglich, Existenz eines »oneratus« ausgeschlossen. Alles auf diesen Bezügliche fällt weg. Das Oralfideicommiss setzt einen Beschwerten voraus, ist also hier schon deshalb (abgesehen von allem Anderen) unmöglich.[2]) Die Rechtsmittel des Legatars können wir uns nicht ohne Beschwerten denken, der in Folge des Quasicontractes der Erbschaftsantretung dem Legatar gegenüber verpflichtet wird. Es bezieht sich dies auf sämmtliche Rechtsmittel, nicht blos auf das gesetzliche Pfandrecht, auf das Einige, wie es scheint, diese Verschiedenheit einschränken wollen.[3]) Müller a. a. O. § 7 S. 27 will die allgemeine Bemerkung, dass dem Beschenkten dieselben Rechtsmittel zur Seite stehen wie dem Legatar, durch L. 37 pr. D. h. t. beweisen; in § 46 S. 158 jedoch hat er dieser seiner Bemerkung die Deutung gegeben, dass damit z. B. die Ersitz-

[1]) Anders Cujacius, observationes 10, 28, und Windscheid § 676 A. 20.

[2]) Müller a. a. O. § 41.

[3]) Seuffert P. III. § 648 N. 4 und 6; Vangerow P. II. § 562. a. E.

ungsbefugniss (»pro legato« und »pro donato«) und die Zuständigkeit der »actio Publiciana« (doch wohl bei der »mortis causa donatio« nicht ohne Tradition, da dies gegen Müller's eigene Lehre wäre) zu verstehen seien, nicht aber die »actio hypothecaria« oder die »actio personalis ex testamento« oder die »cautio legatorum servandorum causa«. Sachlich ist hiegegen durchaus Nichts einzuwenden; eine andere Frage ist die, ob dann die allgemeine Ausdrucksweise gerechtfertigt ist. Bei der »mortis causa donatio dando und liberando« ist eine Klage des Beschenkten überhaupt ausgeschlossen; bei der »mortis causa donatio obligando« hat der Beschenkte die Stellung eines Gläubigers des Erblassers, allerdings eines Gläubigers, der vermöge des Titels seiner Forderung allen übrigen nachsteht. Dass die L. 2 D. 6. 2 nicht für den dem Vorgange beim Legate nachgebildeten directen Eigenthumsübergang angeführt werden kann, haben wir in § 39 gesehen. Ebenso wenig wie die Rechtsmittel des Legatars findet auch das »remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo« (6, 33) hier Anwendung; es bietet die Stelle selbst keinen einzigen Anhaltspunkt dafür, dass sie auch auf die Schenkung von Todeswegen bezogen werden kann.[1]) Ueber die angebliche Verschiedenheit, die L. 20 § 1 D. 37, 5 beweisen soll, haben wir in § 55 S. 156 A. 2 auf die Ausführungen Savigny's hingewiesen.

Wenn von Schröter a. a. O. S. 120 ff. als Verschiedenheit angeführt wird, dass der Tod des Schenkers, nicht die Vornahme der Schenkung, den bezüglich der Capacitätsfrage entscheidenden Zeitpunkt in sich birgt, so hängt dies mit der Anschauung zusammen, dass Capacität des Bedachten zur Zeit der Errichtung des letzten Willens erforderlich ist. Dagegen ist jedoch die weitaus herrschende Meinung, wie aus den neueren Compendien leicht entnommen werden kann.[2]) Schröter recurrirt zum Beweise seiner Ansicht auf L. 63 (62) D. 28, 5; doch versteht er die Worte: »in tempus capiendae hereditatis« falsch, wenn er übersetzt »zu der Zeit, wo die Erbschaft oder das Legat zu erwerben ist, also des Todes«; diese Worte werden durch das nachfolgende Beispiel (»Lucius Titius cum capere potuerit heres esto«) in anderer Weise erläutert. Nach Schröter a. a. O. S. 122 erklärt sich diese Eigenthümlichkeit der »mortis

[1]) Vgl. Seuffert's Archiv XXII. 56.

[2]) Hiezu s. auch Müller a. a. O. § 31; doch vergleiche damit § 7 not. y.

causa donatio« dadurch, dass die Schenkung erst durch den Tod des Schenkers perfect wird. Allein abgesehen von dem, wie Schröter die Perfection zur Todeszeit des Schenkers versteht, gilt vom Legate nicht auch dasselbe?

Wir glauben hiedurch bewiesen zu haben, dass die »mortis causa donatio« auch »quoad effectum« dem Legate nicht in allen Beziehungen gleich ist.

Auch die mögliche Verschiedenheit in der Form wird hier angeführt.[1]) Doch wird das Rechtsverhältniss, auf das allein wir die Legatentheorie zur theilweisen Anwendung bringen möchten, von der Form nicht berührt. Gleiches gilt für die persönliche Fähigkeit der Parteien. Ebenso wird hier der Ausschluss der freien Widerruflichkeit angeführt, der bei der »mortis causa donatio« gestattet ist, beim Legate nicht. Diese Verschiedenheit jedoch ist auch heute noch nicht beseitigt;[2]) denn der particuläre Erbvertrag ist kein durch Vertrag unwiderruflich gemachtes Vermächtniss. Dass durch den Widerruf sämmtlicher Legate nicht auch die Schenkungen von Todeswegen widerrufen sind,[3]) ist selbstverständlich, da die Beiden nicht unter dieselbe Bezeichnung fallen. (Ueber L. 87 D. 32 s. § 52.) Dass auch sonst der Widerruf des Legates in anderer Weise noch geschehen kann, wie derjenige der Schenkung von Todeswegen, bedarf wohl keiner Ausführung; die Arten des indirecten Widerrufes jedoch sind, wie wir in § 25 sahen, dieselben.

Damit sind unsere Untersuchungen über die »mortis causa donatio« an ihrem Ende angelangt. Doch dürfte es wohl geeignet sein, im nächsten Paragraphen nach kurzer Zusammenfassung unserer Resultate einen summarischen Ueberblick über die Gesetzgebungsarbeiten der neueren Zeit folgen zu lassen.

Zum Schlusse soll sodann noch eine hauptsächlich in der letzten Zeit eifrig ventilirte Frage, die Zukunft der »mortis causa donatio« anlangend, berührt werden.

[1]) Schröter S. 117; Windscheid § 676 A. 16.

[2]) Anders Windscheid A. 20.

[3]) Siehe Müller a. a. O. § 33 S. 98; Mackeldey P. § 541; Seuffert P. III. § 649 Z. 1; Vangerow P. II. § 562 a. E.

VI. Capitel.

Resultate und moderne Gesetzgebung.

§ 60. Die »mortis causa donatio« hat sich im Laufe unserer Untersuchung, wie schon der Name besagt, als »mortis causa negotium« herausgestellt; sie bezweckt Vermögenzuwendung für den Todesfall, Verfügung über das Vermögen über die Zeit des Todes hinaus. Der Erwerb des Beschenkten ist demnach »mortis causa capio«, bildet jedoch eine eigene Art für sich, abgesondert vom Erbtheil, vom Legat und von der »mortis causa capio« im engeren Sinne. Dass in manchen Beziehungen sich unter diesen wieder engere Gruppen bilden, ist nur naturgemäss. Das Legat hat als Theil des Testamentes Manches mit der Erbeseinsetzung gemeinsam und ebenso die »mortis causa donatio« wegen der gleichen Zwecke Vieles mit dem Legate. Die Gleichstellung drang also, wo sie zulässig war, trotz des Widerstrebens vieler Juristen durch, ohne dass deshalb die »mortis causa donatio« im Legate aufging. Gilt dies bereits von der Wirkung, so noch mehr vom Acte der Vornahme. Die Annäherung an das Legat ist hier nur eine sehr geringe und nebensächliche, indem den Parteien bei grossen Schenkungen die Wahl zwischen der Insinuation und der Codicillarform gestattet ist. Sonst aber besteht eine durchgreifende Verschiedenheit, indem wir statt einseitiger Verfügung Vertrag des Schenkers mit dem Beschenkten vor uns haben. Eben hierin wurzeln auch die besonderen Wirkungen der Schenkung von Todeswegen. Der Vertrag lehnt sich an die einfache Schenkung an; bezüglich der Vermögenszuwendungsgeschäfte, welche die Schenkung bewirken, gilt dasselbe wie von der gewöhnlichen Schenkung. Dass jedoch auch hier eine Verschiedenheit besteht, ist selbstverständich: genau dieselbe Wirkung wäre ja sonst die Folge. Während die gewöhnliche Schenkung sofort mit der Vornahme, wenn den sonstigen Erfordernissen genügt wurde, rechtsgiltig ist, wird

dies die Schenkung von Todeswegen erst im letzten Lebensmomente des Schenkers. Nicht später, weil ein unvollendeter Vertrag den Erben nicht binden könnte; aber auch nicht früher, weil sonst die definitive absolute Vermögensvermehrung, die sich an den Rechtsbestand der Schenkung knüpft, sich nicht an den Tod des Schenkers anschliessen würde, kein Erwerb »mortis causa« wäre. Damit ist also ein Unterschied von der gewöhnlichen Schenkung gegeben; statt von sofortiger oder augenblicklicher alsbaldiger Vermögensvermehrung (Hasse II. S. 324, Vangerow § 561 A.) sollte man deshalb nur von »unmittelbarer Vermögensvermehrung« sprechen (Erxleben a. a. O. II. S. 163. der jedoch im Grunde von der sofortigen Vermögensvermehrung ausgeht). Dieser erst mit dem Tode eintretende Rechtsbestand ist sogar als Hauptpunkt der Unterscheidung von der Schenkung unter Lebenden festzuhalten; nicht der Umstand, dass die Liberalität dem bedingungslos Schenkenden Opfer auferlegt, dem »mortis causa« Schenkenden nicht. Denn einmal kommt, wie die beschwerende Form zeigt, dies mehr wirthschaftliche Moment juristisch nicht vollgewichtig zur Geltung, andererseits aber kann die »mortis causa donatio« verschiedener Art sein und die Schenkung »ex cogitatione mortalitatis« mit sofortiger Eigenthumsübertragung unter Ausschluss des Reurechtes sehr wohl dem Schenker Entbehrung verursachen.

Diesem Resultate entspricht der in den Quellen unserem Rechtsinstitute eingeräumte Platz vollständig. Man kann die Darstellung der Lehre von der »mortis causa donatio« der Betrachtung der »mortis causa negotia« anreihen, oder man kann die Schenkung von Todeswegen in Verbindung mit der Schenkung im Allgemeinen abhandeln, je nachdem man mehr auf die Wirkung oder auf die Entstehung Rücksicht nimmt.

Paulus, der bei Vielen in Hinsicht auf L. 35 § 3 D. h. t. als Gegner der Legatentheorie gilt, spricht von der »mortis causa donatio« in seinen R. S. III. 7 nach Vorgang des Titels »de legatis«; in der Justinianischen Compilation (Institutionen, Digesten und Codex) ist auch nach L. 4 C. h. t. der »mortis causa« und »non mortis causa donatio« ein gemeinsamer Platz angewiesen. Der Digestentitel insbesondere handelt zugleich von den »mortis causa capiones« im engeren Sinne und damit ist wohl das Richtige getroffen; beide Seiten der »mortis causa donatio« sind in ihr vollkommenes Recht eingesetzt.

§ 61. Treffen wir in unseren Gesetzbüchern solche Bestimmungen über die Schenkung von Todeswegen? Für die Mehrzahl muss die Frage wohl verneint werden. Diese vom römischen Rechte abweichende Behandlung der »mortis causa donatio« in der neueren Legislation hat ihren Grund darin, dass die Lehre des römischen Rechtes zum Theil missverstanden (Kreittmayer), zum Theil für unentwirrbar gehalten wurde (Suarez). Vielleicht schien sie auch Einigen einer Verbesserung dringend zu bedürfen; schliesslich wirkte die in diesen Rechten zumeist ausgesprochene Giltigkeit eines particulären Erbvertrages darauf ein. Den Standpunkt des bayerischen Landrechtes, das die Grenze zwischen älterer und neuerer Legislation bildet, seiner ganzen Anlage jedoch mehr zur ersteren sich neigt, haben wir bereits in § 32 kurz gekennzeichnet; darnach ist die Schenkung von Todeswegen ein lediglich mit einigen Eigenthümlichkeiten versehenes Legat.

Der Code civil des Français und das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten nehmen die gerade entgegengesetzte Stellung zu dieser Frage ein. Das erstere Gesetzbuch kennt eine Schenkung von Todeswegen nicht, construirt dagegen in Art. 951 und 952 ein in manchen Beziehungen dieser ähnliches Rechtsinstitut: die Schenkung unter Lebenden mit »stipulation du droit de retour«, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Den Widerruf aus Reue vermissen wir, weil die Schenkung eben eine nur eigengeartete gewöhnliche Schenkung ist; aus demselben Grunde aber kann auch das Vorversterben erst der Descendenten des Beschenkten zur Voraussetzung des »droit de retour« erhoben werden. Auch im Uebrigen gelten die Grundsätze der einfachen Schenkung. Der Erbe des Schenkers kann hieraus kein Recht für sich ableiten. Dieses Recht des Rückfalles der Schenkung hat mit einer Ausnahme vollständigen Resolutiveffect.

Das preussische Landrecht behandelt die Schenkung von Todeswegen beim Widerrufe der Schenkungen, weist ihr hiebei den Platz nach dem Widerrufe der Gläubiger wegen entstandenen Concurses und vor demjenigen des Schenkers wegen nachgeborner Kinder an und theilt ihr dieser ganzen Behandlung entsprechend in § 1134 dieselbe Natur und dieselben Wirkungen zu wie der Schenkung unter Lebenden. Besonderes gilt nur dann (§ 1135), wenn der Widerruf bis zum Tode aus-

drücklich vorbehalten wurde. Für diesen Fall hat der Geschenknehmer auf den Nachlass nur eben die Rechte, wie ein Legatarius. Trotzdem der Text allgemein lautet, gilt nach der Praxis (s. Koch's Commentar A. 99) diese über das römische Recht hinausgreifende Gleichstellung mit dem Legate nur für die durch das Schenkungsversprechen vermittelte Schenkung. Im anderen Falle hat der Beschenkte weder mit dem Erben (was ja auch römisch rechtlich ist) noch bei Unzulänglichkeit des Nachlasses mit den Gläubigern etwas zu schaffen. Was das römische Recht »mortis causa donatio« nennt, gibt es demnach im preussischen Landrechte fast nur mehr dem Namen nach: an seine Stelle ist eine modificirte Schenkung unter Lebenden und ein durch ausdrücklichen Vorbehalt widerrufliches Schenkungsversprechen getreten, welch' letzteres dem Beschenkten nur die Rechte eines Legatars gewährt, für die Errichtung weder Vermächtnissfähigkeit noch Vermächtnissform erfordernd. Die Bestimmungen der übrigen vier Paragraphen sind einfacher und interessiren uns weniger; sie sprechen von der Schenkung bei bevorstehender Todesgefahr und treffen verschiedene Bestimmungen für den Widerruf, je nachdem diese Todesgefahr nur Anlass oder Beweggrund für die Schenkung von Todeswegen war (Modification von § 1134) oder je nachdem das Nichtüberleben der Gefahr Seitens des Geschenkgebers ausdrücklich als Bedingung gesetzt wurde. Im Ganzen dürfte dies wohl kaum befriedigend zu nennen sein.

Nach dem Vorgange dieses Gesetzbuches wurde die Schenkung durch Sachübergabe, die sogenannte Realdonation, allgemein als einfache Schenkung behandelt. In den §§ 2500 und 2501 des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen und in § 2127 des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich wird nur des Schenkungsversprechens Erwähnung gethan und das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch spricht in § 956 von einer Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, also auch nur von der sogenannten Conventionaldonation; über diese Charakterisirung und Definition s. auch Unger a. a. O. VI. § 77 A. 22. Diese Schenkung ist mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtniss giltig. Auch dies lässt an Deutlichkeit Manches zu wünschen übrig, ein Mangel, dem auch der folgende zweite Passus nicht ganz abhilft. Die herrschende Meinung (Unger a. a. O., Stuben-

rauch, Erläuterung 1 zu § 956 cit.) lässt ein solches Schenkungsversprechen durchaus als Vermächtniss gelten. Als ein (Schenkungs-) Vertrag ist eine solche Schenkung nur dann anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich der Befugniss, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändigt worden ist.

Ungleich besser formulirt das sächsische Gesetzbuch. Darnach ist das einseitige Schenkungsversprechen für den Fall des Todes im Allgemeinen oder bei einer bestimmten Lebensgefahr in allen Beziehungen wie eine letztwillige Verfügung zu beurtheilen. Beim acceptirten Schenkungsversprechen kommen die Vorschriften über den Erbvertrag zur Anwendung.

Das Züricher Gesetzbuch kennt nur eine Art des Schenkungsversprechens auf den Todesfall, das der Form des Vermächtnissvertrages bedarf, also auch als solcher zu betrachten ist. Widerruf aus Reue ist demnach ebenso, wie nach § 2501 des sächsischen Gesetzbuches vollständig ausgeschlossen. Die beiden letztgenannten Gesetzbücher behandeln die Schenkung auf den Todesfall im Erbrechte.

§ 62. Auch eine vergleichende Betrachtung von Gesetzesentwürfen dürfte sich als lehrreich erweisen; deshalb sei uns gestattet, mit einigen Worten auf die beiden Entwürfe für das Königreich Bayern und für das Grossherzogthum Hessen näher einzugehen.

Keiner der beiden Entwürfe kennt ein einseitiges Schenkungsversprechen weder überhaupt noch auf den Todesfall; und daran thun sie ohne Zweifel gut. Weiter aber unterscheiden sie sich. Während der Entwurf für Hessen das Schenkungsversprechen und die Schenkung mit sofortiger Uebertragung von Sachen und Rechten, der Schlussentwicklung des römischen Rechtes gemäss, nicht trennt, trifft der bayerische Entwurf hier eine Scheidung, besonders bezüglich der Schenkung auf den Todesfall. Beim Schenkungsversprechen auf den Todesfall kommen die Vorschriften über den Vollzug der Vermächtnisse, sowie die Bestimmungen über das Anwachsungsrecht bei denselben zur Anwendung (Theil I. Art. 122), sonst aber, also bezüglich der Fähigkeit und Form und bei der Schenkung ohne vorhergehendes Versprechen überhaupt, die allgemeinen Grundsätze über die Schenkungen (Art. 128). Eine Annäherung an das preussische Landrecht ist hier wohl bemerkbar. Der hes-

sische Entwurf spricht von den Schenkungen auf den Todesfall im Allgemeinen, und stellt sie ebenfalls bezüglich des Vollzuges je nachdem den Vermächtnissen oder Anwartschaften gleich. (Abth. IV. Buch 2 Art. 113). Diese durchgehende Gleichstellung bezüglich des Vollzuges scheint uns einerseits zu weit zu gehen und das Wesen der Schenkung auf den Todesfall fast zu vernichten, andererseits hinter dem eigentlich Nothwendigen zurückzubleiben. Das Vermächtniss verliert ja eben durch Vollzug unter Lebenden seinen Charakter und seine Natur und geht in eine »mortis causa donatio« über. (Seuffert P. III. § 648 N. 1); andererseits dürfte (besonders bei sofortigem Vollzuge) für die Aehnlichkeiten von »mortis causa donatio« und Legat, die wir im römischen Rechte vorfinden, die Subsumtion unter den Begriff »Vollzug« zu enge und jedenfalls zu ungenau sein.

Der hessische Entwurf (Art. 95) erfordert zur Wirksamkeit der Schenkung, dass der Beschenkte den Schenker überlebe, der bayerische Entwurf (Art. 96) nur, dass der Schenker den Beschenkten nicht überlebt, was, wie wir oben sahen, dem römischen Rechte mehr entspricht. (L. 26 D. h. t.)

Darin entfernen sich jedoch Beide in gleicher Weise vom römischen Rechte, dass sie die Schenkung auf den Todesfall sofort giltig werden lassen, und dass nur das Wirksam-Werden durch den Tod des Schenkers bedingt ist. (B. Art. 96; H. Art. 95). Wenn der Beschenkte vorher stirbt, so verliert die Schenkung ihre Giltigkeit von selbst (B. Motive zu Art. 125). Die Motive des hessischen Entwurfes zu Art. 114 leiten die Widerruflichkeit davon ab, dass sie, gleich einem letzten Willen, erst mit dem Tode des Schenkers Wirksamkeit erlangen soll. Doch scheint uns der letzte Wille vor dem Tode nicht nur nicht zu wirken, sondern überhaupt als letzter Wille nicht da zu sein. Vielleicht kommt gerade in Folge dieser seiner Definition der bayerische Entwurf dazu, die Zurückforderung der noch vorhandenen Früchte Seitens des Schenkers nicht zuzugeben (Art. 126 Abs. II); denn mit dem römischen Rechte befindet er sich hiebei im Widerspruche (vgl. L. 12 D. 12, 4; L. 38 § 3 D. 22, 1). Die Fassung der Art. 124 und 125 des bayerischen Entwurfes ist dem des Art. 114 des hessischen vorzuziehen. Dass nach dem bayerischen Entwurfe der ausdrückliche Widerruf eine schriftliche Erklärung erfordert, ist im Interesse der Sicherung und Klarheit der Rechtsverhält-

nisse und desshalb nur zu loben. Im Ganzen dürfte aber nach dem Vorhergehenden dennoch nicht mit Lang (kritische Beleuchtung des bayerischen Entwurfes Heft 1 S. 148) zu sagen sein, dass in dieser Materie der Entwurf ganz mit dem geltenden Rechte übereinstimmt.

§ 63. Allerdings begegnen wir nicht in allen diesen neueren Gesetzgebungsarbeiten dem auch unter Fremden giltigen Vermächtnissvertrage; in keiner aber ist die Schenkung von Todeswegen mit Stumpf und Stiel ausgerottet, obwohl zugegeben werden muss, dass sie nach einigen dieser Gesetzbücher nur noch ein kümmerliches Dasein fristet. Eben deshalb ist die Frage sehr wohl erwägenswerth, ob der deutscher Sitte und Gewohnheit entstammende Vermächtnissvertrag das Institut der Schenkung von Todeswegen überflüssig macht. In diesem Betreffe sei nur auf Hasse (a. a. O. Bd. III. S. 17—23) und Kugelmann (gemeinrechtliche Begründung des particulären Erbvertrages S. 91—95) verwiesen, welche darthun, dass particulärer Erbvertrag und soweit wie möglich unwiderruflich gemachte Schenkung von Todeswegen in manchen wesentlichen Punkten differiren. Besonders möchten wir darauf aufmerksam machen, dass eine derart unwiderrufliche Schenkung von Todeswegen im Gegensatze zum Vertragsvermächtnisse jede weitere Verfügung des Schenkers über die geschenkte Sache ausschliesst. Hier aber haben wir hauptsächlich den regelmässigen Fall der »mortis causa donatio« zur vergleichenden Betrachtung herbeizuziehen.

Kurz und treffend bezeichnet Roth (a. a. O. III § 307 A. 9) die Hauptverschiedenheiten folgendermassen:

»Die Schenkung von Todeswegen unterscheidet sich von dem particulären Erbvertrage darin, dass bei ihr die Widerruflichkeit die Regel bildet und dass sie aus dem gegenwärtigen Vermögen (sagen wir: Vermögen des Schenkers im Gegensatze zum Nachlasse) gegeben wird.«

Keines dieser beiden Momente kann der particuläre Erbvertrag seiner Natur nach in sich aufnehmen. Wohl aber kann die Schenkung von Todeswegen dem Vermächtnissvertrage durch Ausschluss der Reue und durch blosses Versprechen statt der sofortigen Uebergabe sehr nahe gerückt werden, weshalb auch von mancher Seite (Beseler Erbverträge II S. 226 ff.) behauptet wird, dass der particuläre Erbvertrag überflüssig sei. Wenn dem nun auch unter Hinweis auf die deutsche Particular-

gesetzgebung und Rechtsgewohnheit (Kugelmann a. a. O.) mit Grund entgegengetreten werden kann, so folgt daraus die Ueberflüssigkeit der »mortis causa donatio« in einem solchen Rechtssysteme nicht im Mindesten.

Es würde wohl auch die »mortis causa donatio« überhaupt keine solche Anfechtung erfahren, wenn nicht der Scylla des Vermächtnissvertrages gegenüber die Charybdis des Legats lauerte. Allein dem gegenüber glauben wir nachgewiesen zu haben, dass nicht unerhebliche Differenzen zwischen Legat und »mortis causa donatio« obwalten. Ein Vertrag bleibt stets von einer einseitigen Verfügung verschieden.

Dazu aber kommt noch ein weiteres nicht zu unterschätzendes Moment in Betracht. Dadurch, dass diese Schenkung noch aus dem Vermögen des Schenkers gegeben wird, ist freiwilliger Vollzug noch zu Lebzeiten des Schenkers möglich, mitunter sogar nothwendig. Dass ein solcher früherer, sogar sofortiger Vollzug die Regel bildet, lehrt ein flüchtiger Blick in das Corpus juris und in Seuffert's Archiv. Diesem ausgesprochenen practischen Bedürfnisse kann also weder der particuläre Erbvertrag, noch das Vermächtniss volle Befriedigung gewähren, und es liegt demnach die Existenzberechtigung der Schenkung von Todeswegen neben diesen beiden Instituten auf der flachen Hand; der Weg des sächsischen Gesetzbuches ist also nicht einzuschlagen.

Aber auch wenn wir hiezu noch die Schenkung unter Lebenden zu Hilfe nehmen, kann die »mortis causa donatio« nicht vollständig gedeckt werden; denn es wäre unbillig, durch eine bis zum Tode des Schenkers widerrufliche Schenkung den Erben und die Gläubiger des Schenkers einer Beeinträchtigung ihrer Rechte aussetzen zu lassen. Auch die Art und Weise, in der hauptsächlich das Züricher Gesetzbuch vorgeht, empfiehlt sich deshalb nicht.

Damit aber diese gesonderte Stellung der »mortis causa donatio« in wünschenswerther Weise gewahrt wird, damit nicht unübersehbare Wirren in der Praxis die Folgen sind, muss Wesen, Art der Entstehung und Wirkung der »mortis causa donatio« genau und deutlich festgestellt werden. Zu diesem Behufe aber ist auf das römische Recht zu recurriren, weil kein anderes Recht die »mortis causa donatio« so ausgebildet, sich so sehr mit ihr beschäftigt hat. Gewiss ist das Resultat, das ein langjähriger Kampf der Geister nach naturgemäss ein-

gehenden und allseitigen Erörterungen der dabei auftauchenden Fragen ergeben hat, sehr berücksichtigenswerth. Einige Modificationen dagegen werden sehr wohl am Platze sein, hauptsächlich dadurch hervorgerufen, dass wir den Erbvertrag und auch den particulären Erbvertrag in unser Rechtssystem aufgenommen haben, während er nach dem Gefühle der Römer »contra bonos mores« verstiess und durchaus verwerflich erschien. Eine eingehende Beschäftigung damit, wie diese Modificationen beschaffen sein sollen, haben wir uns nicht als Ziel vorgesteckt.